

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FÁBIO AUGUSTO TAMBORLIN

**O AVANÇO DAS BARREIRAS DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA
SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL**

**CURITIBA
2017**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

**CURITIBA
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO**FÁBIO AUGUSTO TAMBORLIN****O AVANÇO DAS BARREIRAS DE IMPUTAÇÃO NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Paulo César Busato

Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Membros

Profa. Dra. Priscilla Placha Sá

Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná



Prof. Dr. Fábio André Guaragni

Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

Curitiba, 06 de abril de 2017.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço mais uma vez pela oportunidade de estudar na Universidade Federal do Paraná por mais um período importante da minha vida. Já são sete anos como aluno dessa instituição, que sempre terá neste estudante um carinho e uma gratidão especiais.

Em seguida, deixo meus agradecimentos mais sinceros ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo César Busato, por me estimular e me inquietar desde a graduação, por sempre disponibilizar os mais diversos livros para cópia e consulta; os quais por sinal sempre foram devolvidos ao seu dono, por ser uma inspiração que em uma simples frase inserida em um e-mail logrou êxito em desencadear não apenas o meu projeto de dissertação, mas os meus estudos dos últimos anos. Por ter sido o responsável pelo meu “abandono” em relação ao processo penal, área que tive maior proximidade ao longo da graduação, em prol dos estudos na área do direito penal e da política criminal. Por sempre realizar comparações inesquecíveis, tais como equiparar a área de seu estudo ao zagueiro David Luiz, pois o direito penal é violento e chega atrasado. Estendo o agradecimento aos demais membros da banca, Profa. Dra. Priscilla Placha Sá, e Prof. Dr. Fábio André Guaragni, por terem, apesar de todos os compromissos, aceitado participar da avaliação deste trabalho.

Ao professor Fábio Guaragni destino agradecimentos adicionais, pois indiretamente foi uma espécie de co-orientador. Tive a oportunidade de conhecê-lo, ser seu aluno e orientando na FEMPAR, além de participar do grupo de estudos de Direito Penal Econômico, cujos encontros são realizados na UNICURITIBA. Tive como marco teórico e base de todo o meu trabalho o sociólogo Ulrich Beck e a sociedade do risco, respectivamente. Devo isso ao professor Fábio, que ao longo das aulas ministradas, e predominante nos encontros ocorridos na Unicuritiba, realizou inúmeras e qualificadas exposições sobre essa teoria, instigando-me a pesquisar sobre o tema.

Agradeço ao meu amigo Carlos Vagetti pelas habituais e imprescindíveis revisões de texto, tornando a minha pesquisa muito mais compreensível ao leitor. Por fim, agradeço ao Vinicius Cruz Santana, com quem divido apartamento, pelo

compartilhamento de madrugadas de estudo descontraído e pelas constantes “cornetadas”.

“Felizmente, a história não é algo fatídico, e sim uma página em branco na qual escreveremos o futuro com nossa própria pluma – nossas decisões e omissões. Isso é bom, pois significa que sempre temos tempo de retificar.”

Mario Vargas Llosa

RESUMO

A sociedade do risco consubstancia-se no paradigma social hodierno no âmbito do qual se vislumbra um sistema social global repleto de ameaças aptas a darem ensejo a danos irreversíveis. Trata-se de um cenário complexo e de difícil gestão, especialmente em razão do descompasso entre o desenvolvimento dos centros de produção de risco e as respectivas ferramentas gestoras. O direito penal foi incumbido de realizar a gestão de grande parcela dos riscos provenientes dessa conjuntura catastrófica. A partir do referido instrumental jurídico, visa-se à redução da incidência de efeitos colaterais e à mitigação do sentimento de insegurança social oriundo, dentre muitos outros fatores, da capacidade destrutiva dos novos riscos, da ampla divulgação providenciada pelos mais diversos meios de comunicação e da ausência de confiança nas soluções e nos limites de tolerância derivados da racionalidade científica. Presenciam-se tempos líquidos, em que a incerteza é uma das poucas certezas constatáveis, sendo o direito penal permeado por essa realidade volátil, e, portanto, restando imprescindível a desincorporação de determinadas estruturas e a incorporação de tantas outras a fim de compatibilizar o aparato jurídico com o contexto social, vez que este, via de regra, se mostra mais célere do que aquele. Esse processo, ao qual está submetido o direito penal, de criação de novas estruturas e de sedimentação de conceitos, ainda está em curso, consubstanciando-se a presente pesquisa em uma tentativa de problematização e de exposição de uma pequena parcela de um todo bastante complexo.

Palavras chave: Sociedade do risco; global; direito penal; tempos líquidos, incerteza, insegurança.

ABSTRACT

The society of risk is seen as the current social paradigm within which a global social system is envisaged, full of threats able to giving rise to irreversible damages. This is a complex and difficult-to-manage scenario, especially because of the mismatch between the development of risk-producing centers and the correlated management tools. Criminal law was entrusted with the management of a large part of the risks arising from this catastrophic conjuncture. The aim of this legal instrument is to reduce the incidence of side effects and to mitigate the feeling of social insecurity arising, among many other factors, from the destructive capacity of new risks, the wide dissemination provided by the most diverse means of communication and the lack of confidence in the solutions and limits of tolerance derived from scientific rationality. Liquid times are presented, in which uncertainty is one of the few verifiable certainties, and criminal law is permeated by this volatile reality, and, therefore, it is indispensable to disincorporate certain structures and incorporate so many others in order to make the legal apparatus compatible with the social context, since the latter, as a rule, shows itself faster than that the former. This process, to which Criminal Law is subject, of creation of new structures and sedimentation of concepts, is still under way, and this research is an attempt to problematize and expose a small part of a very complex whole.

Keywords: Society of risk; global; Criminal law; Liquid times, uncertainty, insecurity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	A SOCIEDADE DE RISCO COMO PARADIGMA SOCIAL ATUAL.....	4
2.1	A SOCIEDADE DO RISCO.....	4
2.2	A MODERNIDADE REFLEXIVA E A AUTOCONFRONTAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO EM FACE DAS BASES DO MODELO SOCIAL INDUSTRIAL.....	15
2.3	A INSEGURANÇA “LÍQUIDA”.....	21
3	UMA VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO PENAL COMO GESTOR DOS RISCOS.....	30
3.1	A AUTORREGULAÇÃO, O <i>COMPLIANCE</i> E AS IMPLICAÇÕES PENAIAS.....	30
3.2	O DIREITO PENAL E A GESTÃO DOS RISCOS.....	41
3.3	A POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO.....	47
3.4	A PROLIFERAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO.....	56
3.5	NORMAS PENAIAS EM BRANCO.....	62
3.6	A CONSTRUÇÃO DE PONTOS DE REFERÊNCIA NO ÂMBITO DE UM DIREITO PENAL “LÍQUIDO”.....	65
4	A IMPRESCINDIBILIDADE DO REFERENCIAL BEM JURÍDICO PARA A CONSECUÇÃO DE UM DIREITO PENAL EQUILIBRADO.....	71
4.1	BEM JURÍDICO, VIGÊNCIA DA NORMA E A DIMENSÃO MATERIAL DO DELITO.....	71
4.2	A CONCEITUAÇÃO DO REFERENCIAL BEM JURÍDICO.....	74
4.3	A LEGITIMIDADE DO BEM JURÍDICO COLETIVO.....	83
4.4	PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: UMA ANTECIPAÇÃO ILEGÍTIMA DAS BARREIRAS DE IMPUTAÇÃO.....	91
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

As considerações iniciais desta dissertação focarão na elucidação de alguns pontos fulcrais à compreensão do sistema social atual. Ao se observá-lo vislumbrar-se que se encontra vigente a “Era da cultura-mundo”, assim definida por Lipovetsky.¹ Constrói-se uma cultura globalizada, no âmbito da qual não há fronteiras no tocante aos capitais, às empresas multinacionais, à internet e ao consumismo exacerbado. Aliás, nesse contexto, difundem-se aspectos culturais relativos à ciência tecnológica, às mídias e ao mercado, mas também alguns problemas, tais como os desastres ecológicos, as crises que atingem a economia, o terrorismo, a imigração entre outros eventos dos quais derivam efeitos negativos.

Esse cenário é concretizado por uma racionalidade hipercapitalista de consumo. É mister ressaltar que o prefixo “hiper” é muito comum no âmbito da cultura mundo, em razão da exacerbação e da intensificação de diversas espécies de relação.² Na primeira etapa da modernidade buscava-se a superação de algumas tradições, como por exemplo da dominação igreja, a fim de que houvesse o predomínio da razão e consequente emancipação do homem. Nesse sentido, houve uma fé na ciência e no progresso tecnológico, ambos impulsionados pela cultura industrial, por meio dos quais se refutava o passado e projetava-se a vida no futuro.³ Essa primeira fase da modernidade e da cultura-mundo ruiu diante de um mundo globalizado. Os grandes projetos ideológicos, as mais destacadas utopias e o tempo futuro cederam espaço para uma vida a curto prazo, na qual o mais impactante é o presente, constituindo o que pode ser denominado de hipermodernidade, de acordo com Lipovetsky.⁴

É nessa última etapa que a percepção dos riscos globais se intensifica, havendo a constatação dos patamares crescentes de interdependência e de interconexões, todos estão sujeitos aos efeitos colaterais de uma hipermodernidade na qual são vislumbrados “hiperperigos” e “hiper-riscos”. A cultura-mundo desorienta os indivíduos, sendo a hipermodernidade caracterizada pela

¹ LIPOVETSKY, Gilles. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*/ Gilles Lipovetsky e Jean Serroy. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 9.

² Ibidem. p. 15-16.

³ Ibidem. p.12.

⁴ Ibidem. p.15-17.

desorientação, pela insegurança e pela desestabilização, dando ensejo a um novo mal-estar na civilização.⁵

Jamais houve tantas e tão detalhadas informações aptas a serem acessadas facilmente pelas pessoas e, paradoxalmente, nunca a percepção desse conhecimento foi tão frágil e impreciso.⁶ Vigora, portanto, uma incompreensão coletiva do mundo atual. Nesse sentido, ainda, vive-se em um conforto e um bem-estar inéditos, com constante prolongamento da expectativa de vida. Concomitante a isso, contudo, se observa um mundo em que há a proliferação de pessoas depressivas, ansiosas e inquietas, imersas em uma desorientação tanto individual, quanto coletiva.⁷

A fé e o otimismo no progresso científico e em um futuro melhor não mais predominam. O vazio decorrente disso foi preenchido pelo desencantamento e pela incerteza, a sociedade hodierna se movimenta em meio a uma névoa que impossibilita a formulação de certezas. Nessa grande desorientação os pontos de referência se diluem dando azo a um mundo hipertrófico de inseguranças.⁸

Essa é uma pequena síntese a respeito da conjuntura vislumbrada hodiernamente. O primeiro capítulo exporá a pesquisa referente à sociedade do risco global, ambiente social vislumbrado atualmente e cuja compreensão é imprescindível para a análise das mutações que o direito penal vem sofrendo, especialmente nos últimos anos, tendo-se em vista a realidade brasileira. As perspectivas relativas à compreensão da sociedade podem receber nomenclaturas diversas: sociedade do risco,⁹ modernidade líquida,¹⁰ cultura-mundo.¹¹ Contudo, a percepção e a análise dos diferentes autores possuem muitas similitudes, além de complementarem-se mutuamente. No presente trabalho haverá maior destaque à sociedade do risco uma vez que Ulrich Beck¹² é o principal marco teórico desta

⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*/ Gilles Lipovetsky e Jean Serroy p. 18-19; 32.

⁶ Ibidem. p. 18-19.

⁷ Ibidem. p. 22-23.

⁸ Ibidem p. 19;23.

⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. Op. cit.

¹² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*.

dissertação e, para além disso, em virtude das correlações que são feitas entre esse modelo social e o sistema penal.

O segundo capítulo será destinado à análise das implicações da sociedade de risco em relação ao direito penal. Será exposta uma visão panorâmica dos principais temas dogmáticos e político-criminais que vêm instigando os debates realizados pelos penalistas. Por fim, o terceiro capítulo focará nas discussões travadas no tocante ao bem jurídico, instrumental imprescindível para a consecução de um aparato jurídico-penal que observe o princípio da intervenção mínima. Será concedida uma ênfase maior aos debates acerca do bem jurídico coletivo, vez que essa temática ganhou uma grande importância com a emergência dos novos campos de atuação do direito penal.

2 A SOCIEDADE DE RISCO COMO PARADIGMA SOCIAL ATUAL

O presente capítulo dividir-se-á em três partes. A primeira delas será destinada à análise das principais características da sociedade do risco, assim como do contexto no qual ela veio à tona. A seguir, será feita a exposição da segunda etapa do processo de modernização, qual seja, a fase reflexiva, caracterizada pela autoconfrontação do modelo social do risco. Por fim, serão esboçados os pressupostos da modernidade líquida, sendo concedida ênfase ao tema da insegurança, protagonista do modelo social atual. Diante do exposto, passa-se à pesquisa atinente à sociedade do risco do global.¹³

2.1 A SOCIEDADE DO RISCO

O cenário social hodierno pode ser denominado como “sociedade do risco”. Esse termo foi difundido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck,¹⁴ um dos principais marcos teóricos deste trabalho, cujas obras problematizaram o processo de industrialização e de modernização e as consequências deles derivadas. A sociedade de risco consubstancia-se como o estágio social que sucede o modelo de sociedade industrial, diz respeito ao acúmulo de riscos de natureza ecológica, militar, financeira, bioquímica, informacional e terrorista, os quais permeiam e determinam em grande medida o atual vulcão civilizatório global.¹⁵

O início do processo de modernização foi impulsionado por um otimismo em relação ao desenvolvimento tecnológico. Visava-se à superação de várias barreiras e de problemas relativos ao período pré-moderno. Para a consecução das supracitadas finalidades a modernização almejava uma ruptura em relação ao contexto social anterior.¹⁶

De acordo com Hobsbawm,¹⁷ um sentimento que mesclava orgulho e confiança permeava a sociedade burguesa do século XIX, especialmente no tocante ao desenvolvimento científico e aos novos conhecimentos. Os intelectuais do

¹³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

¹⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*.

¹⁵ Ibidem. p. 361.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. Op. cit. p.18-19.

¹⁷ HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Trad. Luciano Costa Neto. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 379-380.

referido período almejavam estabelecer uma relação de subordinação em relação às demais atividades destinadas ao saber.

O historiador britânico¹⁸ observou que essa confiança exacerbada na ciência implicou que os estudiosos da época pensassem que haviam obtido um conhecimento final e completo, ou seja, não haveria saberes para além daqueles já desvendados. Com efeito, esse otimismo em relação à racionalidade científica redonda dos progressos tecnológicos ocorridos primordialmente no período que Hobsbawm¹⁹ denomina de “era das revoluções”, compreendido entre 1789 e 1848, no âmbito do qual houve um grande salto no tocante às ciências. O progresso tecnológico era tão clarividente que havia uma espécie de blindagem em relação a eventuais questionamentos críticos que a ele poderiam ser lançados.

Aduz Giddens,²⁰ que os estudiosos iluministas, assim como muito dos pensadores que os sucederam, acreditavam que o conhecimento e o acúmulo de informações consubstanciavam-se como instrumentos de controle direcionados, por exemplo, ao mundo social e à natureza. Essa obtenção de controle por meio do conhecimento traria mais felicidade aos indivíduos, ou seja, também esses intelectuais possuíam uma fé no progresso e na ciência enquanto mecanismos de solução dos problemas da sociedade. O aumento de conhecimento a respeito da natureza e do mundo social geraria um incremento no nível de certeza em relação as mais diversos acontecimentos e possibilidades que circundam e determinam a vida humana, sujeitando essas nuances, portanto, ao domínio humano, em detrimento de outras esferas de dominação que atuaram outrora.

Essa vontade de controlar o futuro gerou uma cegueira a qual conduziu ao descontrole do futuro. O otimismo e a fé na razão técnico-científica somados às vicissitudes que deles são resultantes fizeram com que um dos aspectos da modernidade passasse despercebido ao longo do século XIX e de parcela do século XX. Todas as atenções do processo de modernização estavam voltadas para as benesses, pois ele se desenvolve sob a pretensão de, a partir do progresso

¹⁸ HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. p. 379-382.

¹⁹ Ibidem. p. 381-382. Em sentido semelhante: GUARAGNI, Fábio André. p. 3. *A função do Direito Penal e os “sistemas peritos*. “A sociologia do risco constata a decadência do encantamento humano com a razão técnico-instrumental, de cunho cartesiano. A fé na ciência impeliu a humanidade a apostar num promissor mundo de confortos para todos. A perspectiva de tornarmo-nos homens cercados de bens e serviços facilitadores do dia-a-dia, de um jamais visto universo de conforto, gerava fascínio no fim do século XIX. O homem auto-exaltava a capacidade inventiva.”

²⁰ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. P. 92-94.

tecnológico, conduzir a sociedade em direção às fontes de riqueza a fim de promover uma libertação em relação à pobreza e à miséria.²¹

A modernidade, segundo Giddens,²² possui um caráter em certa medida paradoxal. De um lado a partir da modernização foi constituído um cenário em que os indivíduos usufruem de uma vida repleta de confortos, muito superiores aos existentes no período pré-moderno. Contudo, concomitantemente a isso há um lado “sombrio” nesse processo, sendo que esse aspecto ganhou maior percepção no final do século XX.

Em razão, especialmente, desse otimismo aliado à crença no progresso tecnológico, houve um período inicial de latência dos riscos aos quais a sociedade industrializada deu azo. No supracitado período, expandiu-se a discrepância entre a produção de novas tecnologias, e conseqüentemente de novos riscos, e a ausência de conhecimento apto a lidar com os efeitos oriundos da modernização, restando o predomínio daquela em detrimento de instrumentos de gestão.²³

Na sociedade de classes, havia uma corrida pela satisfação das necessidades materiais, uma disputa da qual resulta uma desigualdade que opõe a riqueza e a miséria, a ausência de alimentos e a fartura. Essa situação é nítida, não precisa de auxílio de especialistas, a visibilidade prepondera, por mais que se tente maquiar a miserabilidade ela se traduz enquanto uma certeza visível.²⁴

Todavia, esse contexto de luta de classes ganha um protagonista à altura: os riscos. Estes, em muitas ocasiões, caracterizam-se pela intangibilidade.²⁵ No âmbito da sociedade do risco, há muitas situações que, embora imperceptíveis, são reais. Há ameaças invisíveis as quais, contudo, não deixam de ter efeitos concretos. Os olhares da sociedade, via de regra voltados para as mazelas atinentes às desigualdades sociais, reduzem em certa medida a percepção das situações de risco que, dessa forma, se ampliam e multiplicam.²⁶

²¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 24-25.

²² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p. 17.

²³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 25-26.

²⁴ Ibidem. p. 53-55.

²⁵ Hodiernamente, a luta de classes não se mostra como o termo mais adequado, uma vez que no modelo social atual a inclusão ou a exclusão dos indivíduos decorre da capacidade de consumo. Sendo assim, está mais atualizada e em consonância com o modelo social atual a denominação “sociedade do consumo”. Nesse sentido: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.p.60-67; 160-161.

²⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 53-55.

As ameaças típicas do momento anterior ao desenvolvimento industrial eram percebidas pelos sentidos. A partir do avanço da modernização as ameaças não só se intensificaram como se diversificaram, sendo quantitativamente e qualitativamente diversas e mais amplas em comparação às antecessoras. São de difícil percepção riscos relativos a toxinas, a alimentos, a ameaças nucleares e inclusive a questões ecológicas, por exemplo. Os indivíduos, em geral, apenas tomaram ciência da capacidade destrutiva derivada de determinadas novas tecnologias após a ocorrência de catástrofes, entre as quais é imperioso salientar o desastre de Chernobyl, e, em uma realidade mais próxima tanto do ponto de vista do tempo, quanto do espaço, a tragédia ocorrida em Mariana.²⁷

A sociedade do risco está intimamente ligada à Revolução Industrial, processo histórico caracterizado pela industrialização, pela busca por novas tecnologias e pelo aumento da produção, visando à satisfação de um mercado consumidor em expansão. Nesse período desenvolviam-se técnicas inovadoras as quais iam sobrepondo-se umas às outras em uma velocidade intensa. Bottini²⁸ destaca o descompasso existente entre o desenvolvimento tecnológico e a produção de conhecimento a respeito dos efeitos decorrentes do uso das novas tecnologias.

Nesse cenário, a etapa de latência dos riscos se encerra, pois as ameaças ganham visibilidade, os danos e as destruições já não se escondem apenas no plano do inverificável. Ocorre uma democratização da percepção dos riscos, retirando dos cientistas e especialistas o monopólio a respeito da existência de efeitos colaterais concretos derivados do progresso tecnológico descontrolado. Houve uma coincidência entre a intensificação das consequências dos riscos e a percepção pública mais atenciosa em relação a esse fenômeno.²⁹

²⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 8;25-26.

²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 25.

²⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 66-67. Nesse sentido: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 31 “É em um segundo estágio que essa constelação de fatores é percebida e torna-se objeto de consideração pública, política e científica. Esse mecanismo tem sua origem no momento em que a sociedade industrial, alarmada com os efeitos colaterais do processo produtivo, revê seus próprios princípios de segurança e cálculo. Do outro lado, se isso é entendido e experienciado, então toda a sociedade é posta em movimento. O que anteriormente parecia funcional e racional aparece agora como uma ameaça à vida e, portanto, produz e legitima disfuncionalidade e irracionalidade. Com isso, as instituições abrem-se para o questionamento político de seus fundamentos”

Beck³⁰ sintetiza de uma maneira muito sensível essa guinada em direção à percepção pública da ocorrência dos riscos:

“eles não precisam refletir muito sobre a situação problemática em que se encontram. Aquilo que para a ciência são ‘efeitos colaterais latentes’ e ‘contextos inseguros’, são para eles suas ‘crianças aos prantos’, que, quando quer que o tempo fique nebuloso, começam a ficar roxas e arquejar em busca de ar. Do seu lado da cerca, os ‘efeitos colaterais’ têm voz, olhos, rosto e lágrimas. Isto faz com que as declarações de irrelevância titubeiem, praticamente virando a questão do avesso.”

Todavia, nesse intento de compreensão de uma realidade oculta, pois as ameaças são fontes a partir das quais brotam perguntas cujas respostas são desconhecidas pelos afetados, ocorre a intensificação da racionalização científica dos riscos. Desse modo, vislumbra-se que os riscos são um *barril sem fundo de necessidades*, são autofabricáveis, para cada ameaça civilizacional “vendem-se” diversas formas para lidar com os sintomas e mitigá-los. Nenhum caráter preventivo é observado, mas apenas uma indústria e uma política simbólica de superação da multiplicação dos riscos, a ciência os estimula e a população os percebe, coadunando com o processo denominado de cosmética do risco.³¹

Ocorre uma expansão no tocante à mercantilização dos riscos, os quais são considerados como *big business* em razão da insaciabilidade que os caracteriza. A fome e as necessidades são passíveis de satisfação ao contrário dos riscos da modernização.³²

Por conseguinte, vislumbra-se um sistema econômico de caráter autorreferencial, voltado para a própria reprodução em detrimento da satisfação das necessidades humanas, auferindo lucro a partir da exploração das situações de risco. O sistema industrial logra proveitos dos problemas que ele próprio produz, pois a percepção do risco, em que pese tire o véu do discurso eufemístico da racionalidade científica a respeito dos efeitos colaterais dos riscos derivados da modernização, não proporciona independência no tocante ao conhecimento tido como científico.³³

³⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p.74.

³¹ Ibidem. p. 67.

³² Ibidem. p.28.

³³ Ibidem. p.28; 67; 68; BECK, Ulrich. *No vulcão civilizatório: os contornos da sociedade de risco in* BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 270.

A origem do fracasso e dos equívocos dos cientistas e especialistas reside na desproporcionalidade entre o empenho dirigido ao aumento da produtividade e a cegueira em relação aos riscos atinentes à atividade em tela. A utilidade produtiva preponderou, corroborando com uma miopia econômica e a ânsia por vantagens produtivas. Essa cegueira foi trazida a lume a partir das vozes advindas dos efeitos colaterais.³⁴

O lapso temporal transcorrido entre a produção intensificada dos riscos e a percepção pública em relação a isso culminou na formação de lacunas no que tange às ferramentas de gestão e controle dos efeitos colaterais do progresso tecnológico descontrolado³⁵. Sendo assim, hodiernamente presencia-se um momento muito similar a uma metáfora utilizada por Bauman,³⁶ pois a porta do estábulo está sendo fechada depois que o cavalo fugiu e já se encontra, provavelmente, a uma distância que lhe torna inalcançável.

No âmbito da sociedade de risco, a consciência é fator determinante em relação à existência. Em decorrência disso, o conhecimento sobre os riscos adquire um protagonismo político. Há uma imbricação e uma interação entre os setores público e privado no tocante à formação de definições sobre os riscos e sobre os efeitos colaterais. Dessa forma, a consciência a respeito dos riscos não é mais monopólio da racionalidade científica, sendo apropriada, em certa medida, pelo aparato político.³⁷

A suposta neutralidade científica é denunciada, tornando-se clarividentes as implicações políticas e os interesses diversos, inclusive econômicos, que orientam a formação do conhecimento que pode ser denominado como “oficial”. A ciência e a tecnologia possuem uma função ideológica e de mecanismo de legitimação em relação ao desenvolvimento econômico.³⁸

Ao lidar-se com as consequências da sociedade do risco são gerados novos consensos e conflitos, uma vez que os riscos não são apenas potenciais catástrofes e efeitos colaterais, também se apresentam enquanto oportunidades de mercado. Com efeito, vislumbra-se uma oposição entre os indivíduos que são afetados pela

³⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 72-73.

³⁵ Ibidem. p. 72-74.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 101.

³⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 28.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p.32.

incidência dos riscos e aqueles que lucram a partir da exploração econômica dos próprios riscos ou das atividades que lhes dão origem.

Além do mercado securitário e de mecanismos de compensação dos efeitos colaterais advindos do risco, ainda há o mercado relativo aos mecanismos de mitigação e de tentativa de neutralização da concretização desses efeitos. Por isso, ocorre o concomitante incremento da relevância social e política do conhecimento e dos meios que produzem saber, tais como ciência e pesquisa, assim como dos mecanismos que disseminam as informações, ou seja, dos meios de comunicação de massa. Portanto, a sociedade do risco também pode ser caracterizada como a sociedade da ciência da mídia e da informação, de acordo com Beck.³⁹ Nesse contexto há uma disputa pela definição em relação à extensão e ao nível de ameaça dos riscos, assim como no que tange aos níveis de tolerância aceitáveis, uma vez que essas definições significam poder e dominação no atual estágio da modernidade.

Em que pese ao cenário supraexposto é imperioso salientar que na sociedade do risco os indivíduos são culturalmente cegos, uma vez que há uma grande dependência dos conhecimentos advindos dos especialistas e dos sistemas peritos. Ademais, e ainda sobre a temática em tela, Beck⁴⁰ ressalta uma mudança no perfil da ciência, a qual é constituída por dados, procedimentos e fabricação em detrimento da experiência, sendo que essa modalidade de ciência, cujo desenvolvimento é realizado em laboratórios, também goza de uma cegueira, ao menos parcial, em relação às vicissitudes e consequências que de alguma forma ameaçam o sucesso científico, desnudando-se, mais uma vez, o mito da neutralidade científica.

Sistemas peritos são definidos por Giddens⁴¹ como “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”. Há uma relação de confiança que se estabelece a partir da pessoa leiga em relação aos conhecimentos oriundos dos sistemas peritos. Essa confiança traduz-se, ao menos parcialmente, como um

³⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 56. Nesse sentido, ainda: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p.44.

⁴⁰ Ibidem. p. 55-56.

⁴¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991 p. 37-39.

elemento de fé, a qual é baseada na experiência, desses sistemas, os quais, via de regra, funcionam da maneira como é esperada.⁴²

Os riscos não se limitam a danos que já ocorreram. Pelo contrário, possuem uma íntima relação com o tempo futuro. Beck⁴³ aduz que os riscos são antecipações de catástrofes, e realmente esse caráter antecipatório permeia intensamente a categoria “risco”, uma vez que eles dizem respeito a danos previsíveis que em que pese não tenham produzido seus efeitos possuem uma ocorrência iminente, possuindo, em razão disso, um teor de realidade já no tempo presente.

Portanto, conforme assevera Beck,⁴⁴ os riscos indicam *um futuro que precisa ser evitado*⁴⁵. Nesse contexto, o futuro passa a ser protagonista em relação ao presente, ocupando um espaço que já foi preenchido pelo tempo passado. O que pode vir a ocorrer passa a ser uma espécie de causa para os comportamentos adotados no presente. Dessa forma, a atuação de hoje visa a mudar, e principalmente evitar, determinada consequência posterior, restando nítido que um futuro possível condiciona a atividade presente. Estabelece-se, assim, um viés preventivo no âmbito da sociedade de risco, vez que se busca, por meio de precauções, ao menos minimizar problemas posteriores que de alguma forma já tiveram sua probabilidade de ocorrência prognosticada.⁴⁶

Uma das principais características dos riscos derivados da modernização diz respeito ao seu caráter democrático. Ou seja, todos estão no raio de incidência dos efeitos da sociedade de risco global.⁴⁷ A ausência de fronteiras e a globalização também caracterizam e delineiam os riscos, os quais possuem uma tendência de globalidade. Sendo assim, a industrialização não acarretou tão somente o crescimento do quantitativo dos riscos e da intensidade com a qual eles podem afetar os indivíduos, interferiu ainda no número de pessoas potencialmente afetadas,

⁴² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p. 37-39.

⁴³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 39.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem. p. 40.

⁴⁶ Idem. Nesse sentido: GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p.192 “A modernidade é inerentemente orientada para o futuro, de modo que o ‘futuro’ tem o status de modelador contrafactual. Embora haja outras razões para isto, este é um fator sobre o qual fundamento a noção de realismo utópico. Antecipações do futuro tornam-se parte do presente, ricochetando assim sobre como o futuro na realidade se desenvolve; o realismo utópico combina a ‘abertura de janelas’ sobre o futuro com a análise das correntes institucionais em andamento pelas quais os futuros políticos estão imanentes no presente.”

⁴⁷ Ibidem. p. 43.

o qual também foi elevado. Beck⁴⁸ sintetizou muito bem essa nuance a partir da seguinte afirmação: a miséria é hierárquica, o *smog* é democrático.

No âmbito da sociedade do risco nem mesmo os membros das classes sociais mais abastadas estão ilesos dos perigos. Os próprios produtores dos riscos, que via de regra são os mais ricos e poderosos, também sofrem com a incidência dos malefícios advindos de suas condutas. Essa vicissitude caracteriza o denominado efeito bumerangue ao qual o sociólogo alemão faz referência, cenário no qual os centros causais de produção do risco também sofrem os efeitos colaterais.⁴⁹

Justamente o supracitado efeito bumerangue caracteriza-se como um protagonista no que tange à implosão do sistema de classes, pois nem os mais ricos estão seguros diante das ameaças da sociedade pós-industrial. Por óbvio, os indivíduos com condição social mais vulnerável são mais suscetíveis aos perigos vez que possuem menos possibilidades de resistência. Entretanto, em alguma medida, todas as pessoas estão aptas a sofrer com os efeitos colaterais do vulcão civilizatório hodierno, pois o status econômico não é capaz de blindar completamente determinada classe social.⁵⁰

Desse modo, vislumbra-se uma desigualdade no tocante à distribuição dos riscos entre as diversas classes sociais, contudo essa diferença tende a ser menor do que as desproporcionalidades relativas à distribuição de riquezas. A radicalização do risco implica a diminuição de possibilidade de fuga ou compensação em relação aos efeitos nefastos dele oriundo. Ademais, comprar segurança em um cenário de potenciação das ameaças torna-se cada vez menos eficaz.⁵¹

Os países ricos tentaram terceirizar a vivência dos riscos para as nações menos desenvolvidas, por meio da transferência de determinados centros de produção de ameaças para essas localidades. Beck⁵² cita como exemplo a tragédia ocorrida em Bhopal, na Índia, na qual houve um acidente industrial (vazamento de gases tóxicos) que atingiu centenas de milhares de pessoas. Tratava-se de uma indústria americana que se instalou em território indiano, ilustrando muito bem essa tentativa de terceirização da vivência dos efeitos colaterais advindos do progresso

⁴⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 43.

⁴⁹ Ibidem. p. 44-45.

⁵⁰ Ibidem. p. 41-43.

⁵¹ Ibidem. p. 42-43.

⁵² Ibidem. p. 50-53.

tecnológico. No âmbito do vigente vulcão civilizatório global, há uma interdependência no tocante ao mercado econômico mundial. Sendo assim, segundo o sociólogo alemão, os países periféricos tornam-se uma espécie de incubadora de riscos de alcance mundial.⁵³ A pauperização quando aplicada sobre à condição social pouco afetava os mais ricos, entretanto, o mesmo não pode se dizer quando essa estratégia se direciona aos riscos, pois estes afetarão, também, os mais abastados.

Beck⁵⁴ traça as diferenças entre ameaças, riscos e incertezas fabricadas, que para o autor consubstanciam-se como três espécies de incertezas futuras. Segundo o sociólogo alemão o risco representa uma conceituação nitidamente moderna, tendo como pressuposto uma decisão humana. Ou seja, diz respeito a um futuro produzido pela humanidade, por meio de estatísticas, probabilidades e desenvolvimento de tecnologias. O risco é uma incerteza calculável específica, uma vez que se submete a um cálculo probabilístico, sendo possível, por exemplo, ocorrer a compensação no tocante aos efeitos negativos, por intermédio da lógica securitária.⁵⁵

Por outro lado, as ameaças caracterizam-se por um componente externo, elas são derivadas de algo que transcende os indivíduos e, por isso, são atribuíveis, por exemplo, a Deus, ou à natureza. O protagonismo dessa espécie de incerteza ocorreu no período pré-moderno, sendo os riscos derivados de um processo que visou, justamente, à minimização dos efeitos oriundos dessas ameaças.⁵⁶

As incertezas fabricadas também possuem dependência em relação a decisões humanas. Elas são constituídas pela sociedade e representam um desafio maior, pois não é possível controlá-las, calculá-las e, portanto, assegurá-las. Por meio do conhecimento já construído em relação aos riscos não é possível lidar com a referida espécie de incerteza, vez que esta traz novos problemas para os quais ainda não se vislumbram soluções.⁵⁷ Por conseguinte, configuram-se como outros exemplos de que a modernização e o progresso tecnológico ocorrem em uma

⁵³ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p. 50-53. Nesse sentido, ainda: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p.30.

⁵⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 362-363.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

velocidade muito superior ao desenvolvimento de saberes destinados ao controle das consequências advindas desses processos.

É imprescindível destacar que os conceitos acima expostos dizem respeito a tipos ideais dificilmente visualizados, pois, via de regra, eles se misturam, sendo difícil vislumbrar, ao lançar-se um olhar para os fatos concretos, o conceito em sua forma pura. Por isso, tanto nas obras de Beck⁵⁸ quanto no presente trabalho há uma preponderância na utilização da terminologia “risco”.

A grande característica da sociedade de risco diz respeito ao fato de que os riscos dela derivados são de procedência humana. Ou seja, eles são oriundos de decisões humanas a respeito de temas adstritos ao desenvolvimento tecnológico e industrial, visando à obtenção de vantagens econômicas a partir das oportunidades vislumbradas no mercado, tendo como pressuposto a utilidade. Sendo assim, a responsabilidade pela criação de perigos e ocorrência de desastres ou mazelas sociais não mais pode ser atribuída a um ente externo tal qual a natureza, Deus, ou o destino.⁵⁹

De acordo com Bottini,⁶⁰ o risco abandona o seu caráter secundário para tornar-se uma definição primordial, uma vez que a atividade humana coloca em perigo os bens mais fundamentais ao desenvolvimento da vida em sociedade. Os conceitos da sociedade de classe seriam inapropriados para esclarecerem as radicalidades e complexidades inerentes às desigualdades sociais que permeiam a sociedade do risco. Nesse sentido, Beck⁶¹ salienta o papel de destaque assumido pelas decisões humanas:

“A estrutura de poder do risco está fundada na lógica do risco. Este pressupõe uma decisão, e portanto alguém que toma a decisão, o que produz uma assimetria radical entre aqueles que decidem, definem e tiram proveito dos riscos e aqueles que são seus alvos, que sofrerão diretamente os ‘efeitos colaterais imperceptíveis’ das decisões dos outros, que talvez tenham até mesmo de pagar por elas com suas próprias vidas, sem poder fazer parte do processo decisório.”

⁵⁸ Ibidem. p. 363.

⁵⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 51-53.

⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 26-27.

⁶¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 365-366.

A natureza e o destino não podiam ser responsabilizados juridicamente pelos desastres ocorridos. Em sentido diametralmente oposto, as pessoas e as empresas podem ser responsabilizadas pelas decisões que deram azo a catástrofes ou à incidência de efeitos colaterais nocivos à sociedade e, portanto, o risco, e as decisões a ele relativas, tornam-se referenciais importantes sob os aspectos político e jurídico, mantendo, além disso, a relevância econômica.⁶²

Os temas referentes à responsabilização e à irresponsabilidade serão abordados no segundo capítulo do presente trabalho, o qual problematizará a gestão de riscos e o papel do direito, especialmente no tocante às questões penais. Ademais, após a apresentação da Sociedade do Risco realizada no presente tópico, a seguir será realizada a exposição da segunda etapa da modernidade, assim como uma análise das peculiaridades da modernidade reflexiva.

2.2 A MODERNIDADE REFLEXIVA E A AUTOCONFRONTAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO EM FACE DAS BASES DO MODELO SOCIAL INDUSTRIAL

Primeiramente, é imperioso destacar que o processo de modernização pode ser dividido em duas grandes fases, em razão das mutações que se sucederam. No século XIX, especialmente, a modernidade se intensificou e foi concretizada em face de um pano de fundo que lhe era oposto, qual seja, um mundo que pode ser denominado como tradicional, aliado a uma natureza em relação à qual se almejava conhecer e controlar.⁶³

Essa primeira etapa coincide com o período da industrialização e concomitante e posterior otimismo em relação ao progresso tecnológico. É justamente nesse período, conforme análise realizada no tópico anterior, em que essa fé no desenvolvimento tecnológico ocultou por muito tempo os efeitos colaterais derivados da ausência de controle a respeito das consequências do avanço científico.

A segunda modernidade é trazida a lume após os riscos, a princípio invisíveis, ganharem visibilidade e passarem a ser percebidos pela sociedade. Nesse momento, os perigos não são mais advindos da natureza, existindo uma preocupação em controlar os problemas causados pela própria modernidade.

⁶² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 51-53.

⁶³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. p. 13.

Ademais, não se questiona um modelo tradicional de sociedade pré-industrial, mas sim a modernização. No século XIX houve um desencantamento no tocante às estruturas tradicionais, hodiernamente vislumbra-se essa mesma perda de encantamento no que tange à sociedade industrializada e movida pelo discurso da ciência e do progresso.⁶⁴

Dessa forma, percebe-se que a modernidade transformou a si própria em tema problema, existindo um debate a respeito de uma modernização autorreferencial. Ocorre que os discursos do início da modernidade não mais se adéquam ao segundo estágio da modernidade, visto que a oposição não é realizada em relação a outro paradigma social, mas sim em face do próprio paradigma no qual a sociedade está, e provavelmente ainda estará por algum tempo, inserida.⁶⁵

O mito, e ao mesmo tempo a utopia, de que a sociedade industrial desenvolvida representaria o ápice da modernização ou uma estrutura social completamente moderna é desfeito. O desenvolvimento do processo da modernidade está em outra etapa e, neste momento, problematiza a si próprio a fim de moldar as estruturas da modernização radicalizada que se apresenta como desafiadora.⁶⁶

Atualmente, o prefixo “pós” é utilizado para nomear fenômenos em relação aos quais ainda não se tem um esclarecimento robusto. Ou seja, na dúvida em relação à forma de conceituação utiliza-se o “pós”, que se tornou uma espécie de curinga conceitual a ser manejado em cenários de nebulosidade ou de rupturas. Esse prefixo diz muito mais sobre o que já passou do que a respeito daquilo que de fato nomeia.⁶⁷

Por conseguinte, o termo pós-modernidade poderia ser utilizado em relação ao cenário posterior ao mundo moderno, inclusive em razão das incertezas que pairam ao redor do tema. Contudo, a utilização dessa terminologia pressuporia que a modernidade findou, dando azo a um novo paradigma social. Beck⁶⁸ não se alia a

⁶⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 12-13.

⁶⁵ Ibidem. p. 24.

⁶⁶ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 14-15.

⁶⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 11.

⁶⁸ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. p. 12-15.

esse entendimento, pois não vislumbra o término da modernidade, mas sim o surgimento de uma nova modalidade, a qual denomina “modernidade reflexiva”.

Bauman⁶⁹ também não é adepto da terminologia “pós-modernidade”, pois entende que a história moderna ainda não teve o seu capítulo final escrito. A problematização em relação à modernidade foi importante para a verificação de quais promessas modernas eram possíveis de concretização e quais ficariam tão somente na abstração, ou como um projeto inexecutável. Além disso, o sociólogo polonês destaca a pobreza do termo pós-moderno, pois a partir desse conceito extrai-se que uma determinada realidade não mais existe, contudo não se proporciona qualquer indício a respeito do fenômeno que a sucedeu.

Em virtude disso, Bauman,⁷⁰ a partir da metáfora da liquidez, cunhou a denominação “modernidade líquida” a fim de utilizar uma terminologia que possua um conteúdo conceitual. A sociedade líquida diz respeito a uma etapa social no âmbito da qual as estruturas ainda não estão firmadas, e em virtude da flexibilidade, da mobilidade e da alta velocidade no presente cenário torna-se praticamente impossível a solidificação das bases do atual estágio da modernidade. A velocidade das transformações implica que nada seja a longo prazo e, por conseguinte, não há tempo hábil para a estruturação das novas premissas e mecanismos modernos.

De acordo com o escólio do autor, a modernidade não abandonou as promessas elaboradas no início de seu desenvolvimento. Foram deixadas de lado algumas estratégias e ilusões, assim como ocorreu com as utopias iniciais, as quais podem ter sofrido modificações, mas que, contudo, não extinguiram o pensamento utópico, que ainda permeia o processo de modernização. Este, por sinal, sofreu uma atualização a fim de que possa se adequar às vicissitudes da sociedade líquida, e atualmente estaria, talvez, no ápice de sua fruição.⁷¹

Giddens⁷² adota um posicionamento similar em relação ao termo “pós modernidade” defendendo que esse conceito deve se referir a algo diverso da modernidade, ou seja, ao utilizar essa expressão corrobora-se com a noção de que a modernidade cedeu espaço a uma nova ordem social. Por isso o autor prefere

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p.105-107.

⁷⁰ Ibidem. p. 107-108.

⁷¹ Ibidem. p.76-77.

⁷² GIDDENS, Anthony. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p.56; 162-163.

utilizar expressões tais como “alta modernidade”, “modernidade tardia”, ou “modernidade radicalizada”.

Para Beck,⁷³ a sociedade industrial se retira de cena com passos leves e silenciosos, sem alarde, como uma espécie de efeito secundário, e sem a ocorrência de posterior estardalhaço ou revolução política. Algumas estruturas típicas da modernização são questionadas e criticadas, tais como a ciência, a tecnologia e o progresso, existindo um cenário em certa medida “antimodernista”. Contudo, isso não contradiz a modernidade, mas apenas traduz uma etapa ulterior desse processo, uma fase posterior ao modelo social industrial.

Na sociedade industrial, por exemplo, predominava a lógica da produção de riquezas em detrimento da faceta relativa à produção de riscos, enquanto que na sociedade do risco há uma inversão dessa relação. A partir da reflexividade da modernização os centros produtores perdem a sua inocência presumida, pois as vantagens oriundas do desenvolvimento tecnológico passam por um crescente incremento de ofuscação em razão do destaque adquirido pela produção de riscos e ocorrência de efeitos colaterais.⁷⁴

Segundo o escólio de Beck,⁷⁵ a modernização reflexiva diz respeito a uma possível autodestruição da sociedade industrial, sendo que o autor desse dismantelamento não foi a ocorrência de uma revolução, nem tampouco de uma crise, mas a própria vitória do projeto moderno notoriamente ocidental. Ou seja, não é uma crise, e nem um processo como a luta de classes que está produzindo uma nova modalidade social, ou dissolvendo os componentes da sociedade industrial, mas sim a modernização simples e a nova modernidade.

A sociedade moderna configura-se como dinâmica e está pondo fim em alguns de seus pilares de formação, tais como os papéis desempenhados pela família e sexos, as distinções de classe e camadas sociais, o espaço ocupado pelas empresas e as atividades ligadas ao progresso tecnológico. A modernidade reflexiva é traduzida justamente nessa etapa na qual o desenvolvimento das ciências e da

⁷³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p.13-14.

⁷⁴ Ibidem. p.15-17.

⁷⁵ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. p.12.

economia pode dar azo a uma autodestruição, e no âmbito da qual uma espécie de modernização aniquila a outra.⁷⁶

Uma questão fundamental a respeito do tema em apreço diz respeito à incerteza a respeito da possibilidade de autocontrole da modernidade quando este fenômeno é aplicado a si próprio. A modernidade reflexiva, por ser resultado de uma radicalização da modernização, poderá se mostrar incontrollável perante a sociedade do risco, no âmbito da qual os riscos de caráter social, político e econômico, possuem a tendência de descontrole em relação aos órgãos responsáveis pela tutela dessas situações.⁷⁷

Beck⁷⁸ efetua uma distinção fundamental entre o significado de modernização reflexiva e a conotação que pode ser atribuída a ele em razão do adjetivo “reflexiva”. O referido conceito de modernidade não acarreta uma reflexão, mas sim autoconfrontação. Essa passagem entre os dois momentos, desenvolvimento industrial e sociedade do risco, não se traduz como um movimento desejado, pelo contrário, consubstancia-se como uma consequência a qual por um longo lapso temporal restou despercebida e tornou-se visível a partir da ocorrência de efeitos colaterais latentes típicos desse modelo de modernização.

A sociedade de risco não diz respeito simplesmente a uma opção tomada voluntariamente pelos indivíduos, ela é consequência do processo da modernização e não pode ser afastada, uma vez que os efeitos desse modelo social se impõem diante da sociedade. O aumento do conhecimento e a intensificação da racionalidade científica implicam a autorreflexão sobre o progresso tecnológico e sobre a modernização. Contudo, isso não pode ser confundido com a reflexividade da sociedade do risco, fenômeno o qual não poder ser tratado pelas bases da sociedade industrial, pois somente mediante a autoconfrontação, e não por intermédio da reflexão, dá azo à etapa reflexiva da modernização.⁷⁹

O cerne da transformação social no âmbito da modernização simples está nas nuances relativas à racionalidade instrumental, que corresponde à reflexão. De outro lado, a vicissitude determinante no que tange à modernização reflexiva está

⁷⁶ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. p. 13.

⁷⁷ Ibidem. p. 16-17.

⁷⁸ Ibidem. p. 17-18.

⁷⁹ Idem.

presente nos efeitos colaterais oriundos da radicalização da sociedade industrial, pois nessa fase distancia-se da fé cega no progresso tecnológico e na possibilidade de controle antecipado dos eventos futuros. A partir da percepção dos efeitos colaterais as bases da modernização simples são questionadas e impactadas pela segunda etapa da modernidade.⁸⁰

Resta clarividente que a fé da sociedade moderna em relação ao progresso está em contradição em razão da perda do encantamento derivada da percepção dos riscos globais e dos efeitos colaterais deles derivados. Contudo, para além dos aspectos negativos, o cenário em tela também se apresenta como uma oportunidade social, vez que a dissolução das estruturas da sociedade industrial permite o despertar de novas possibilidades as quais poderão se mostrar mais sossegadoras ou perturbadoras, a depender dos atores que protagonizarão esse processo de reflexividade.⁸¹

Em síntese, as certezas ontológicas relativas ao gênero, à etnicidade, à estrutura da comunidade e à identidade, por exemplo, perderam espaço no âmbito da segunda modernidade. Dessa forma, vislumbra-se que os efeitos colaterais corroeram muitos centros de referência, entretanto, ainda não está nítido quais instituições os substituirão.⁸²

Nesse contexto reflexivo, o conhecimento científico também se torna reflexivo uma vez que a ciência coloca-se em oposição à própria ciência, havendo uma disputa no tocante à formulação dessa espécie de saber. Além disso, há uma disseminação de confrontos, entre tradição e modernidade e entre leigos e especialistas. As ciências são desmistificadas, são retiradas de um status de “inquestionável” do qual elas gozavam anteriormente, em especial ao longo do período em que a fé no progresso preponderava.⁸³

A concretização de riscos e os efeitos colaterais advindo dessas situações deixaram clarividente o potencial de falibilismo ao qual a racionalidade científica está sujeita. Dessa forma, esse autoquestionamento não implica uma corrida desenfreada em direção às verdades, sendo tomadas maiores cautelas em relação ao processo de conhecimento. Segundo Beck,⁸⁴ os “desencantadores”, da fé no

⁸⁰ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. Op. cit. p. 34-35.

⁸¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 369-370.

⁸² Ibidem. 372-373.

⁸³ Ibidem. p. 236-237.

⁸⁴ Idem.

progresso, também se desencantaram e, em razão disso, modificaram as condicionantes do desencantamento.

Diante desse cenário, é imprescindível verificar se a hiper-especialização produtora de efeitos colaterais, a partir de si mesma, será mantida, assim como se os riscos e as ameaças serão cientificamente potencializados, mascarados ou menosprezados, por meio de uma divulgação e de uma exploração eufemística. Ademais, é relevante, também, analisar se será mantida a estratégia de tratamento dos sintomas ou se haverá uma mudança a fim de que a solução para os riscos da modernização seja procurada nas causas, ou nos centros de produção.⁸⁵

A lógica hodierna aponta que os riscos da modernização consubstanciam-se no âmbito social em uma interação tensa entre a opinião pública, a ciência e a realidade empírica. Por conseguinte, a ciência vivencia uma diminuição da credibilidade pública por ela usufruída e se insere no seguinte paradoxo: a crítica à ciência, divulgada publicamente, torna-se a mola propulsora do aumento do desenvolvimento tecnológico. Ou seja, a partir de erros e das críticas lançadas ao progresso tecnológico ocorre uma expansão científica vez que se abre uma lacuna de conhecimento a qual deve ser preenchida justamente pela ciência, agora de viés reflexivo, após a superação de sua crise de identidade ou autoconfrontação.⁸⁶

Giddens⁸⁷ aponta o quão perturbador pode ser esse cenário, pois em um momento inicial a racionalidade científica mostrava-se como uma opção que concederia um nível maior de certeza e segurança quando comparada ao dogma anterior, da tradição. Todavia, o conhecimento, mesmo que aplicado a partir da reflexividade, não é identificado com a certeza e, portanto, não representa necessariamente um ganho no tocante ao *quantum* de conhecimento certo que é produzido. Essa ausência de certezas implicará o desenvolvimento de uma sensação de insegurança, caracterizando o modelo social, também, como sociedade do medo, tema que será aprofundado no próximo tópico.

2.3 A INSEGURANÇA “LÍQUIDA”

⁸⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 238-239.

⁸⁶ Ibidem. p. 242-243.

⁸⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p. 49-50.

Presenciam-se tempos líquidos⁸⁸. Bauman⁸⁹ aduz que a modernidade, inicialmente “sólida”, torna-se líquida, pois hodiernamente vivencia-se um período em que nada é feito para durar. As estruturas sociais que limitam os indivíduos e estabelecem determinados padrões de comportamento conforme os papéis sociais não são mais aptas a manterem uma mesma forma por um grande lapso temporal. Elas se dissolvem mais rapidamente do que se estabelecem, destituindo as ações humanas de centros de referência.

Sendo assim, coesão e consistência não são atributos da modernidade líquida. Esta, pela contrário, é caracterizada por incertezas e instabilidades. Isso não afeta apenas relações burocráticas, mas também outras dotadas de maior pessoalidade, como os laços estabelecidos pelas pessoas, e questões relativas ao individualismo e ao consumismo.

Conforme já pontuado nos tópicos anteriores, os ideais relativos à sociedade de risco diferem daqueles referentes à sociedade de classe, enquanto esta é caracterizada pela desigualdade aquela é permeada pela insegurança. A utopia anterior, de alteração social, que visava à igualdade é modificada, transformando-se, em razão do medo do pior, em algo de conotação negativa e defensiva: não se busca efetivamente algo bom, mas somente evitar o pior, o objetivo é poupar a todos do veneno. Se a força motriz da sociedade de classes era “tenho fome”, a emergência da sociedade de risco impõe uma mudança do fio condutor para “tenho medo”, e nesse cenário surge uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política.⁹⁰

O medo pode ser considerado o maior dos problemas das sociedades modernas globalizadas. Ademais, ele pode ser tido como uma soma da incerteza que permeia o futuro e da insegurança que aflige o presente, ambas florescentes de uma sensação de impotência oriunda da ausência de controle em relação aos centros de onde derivam as ameaças e os perigos em relação aos quais se nutre esse medo.⁹¹

⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.p. 7.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 59-60.

⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.167. Nesse sentido: BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. p. 51 “O mundo contemporâneo é um recipiente cheio até a borda de medo e frustração flutuantes desesperadamente em busca de alguma extravasão que um sofredor possa

De acordo com Bauman,⁹² quanto maior a difusão, a flutuação e a falta de certezas, mais assustador será o medo que permeia e perpassa a vivência dos indivíduos. Essa invisibilidade em relação às ameaças somada à ausência de informações concretas implica uma intensificação desse sentimento, pois os perigos tornam-se ubíquos. O medo denomina justamente essa ignorância e essas incertezas no que tange aos perigos e às atitudes que podem ser tomadas a fim de evitá-los ou minimizá-los. Segundo o autor na “escuridão tudo pode acontecer, mas não há como dizer o que virá”. A ausência de luminosidade não se configura como a causa da ameaça em si, mas é o espaço de nascimento e intensificação de incertezas e, portanto, do medo.⁹³

O avanço da modernidade consistiria, *a priori*, um distanciamento em relação ao medo, por meio de uma maior visibilidade das relações sociais e naturais, visando-se, portanto, a uma maior previsibilidade dos acontecimentos. Contudo, aconteceu o extremo oposto e deu-se azo à uma nova “era de temores.” Nesse contexto, surge uma outra espécie de medo a qual pode ser denominada de secundária. Ela diz respeito aos efeitos que uma determinada ameaça que outrora foi direta, ou presente, gera em um momento posterior. Ou seja, esse medo derivado não está ligado a uma ameaça imediata, contudo molda a conduta dos indivíduos, alterando-lhes as expectativas e as percepções de mundo.⁹⁴

O nível de suscetibilidade às ameaças e o sentimento de insegurança caracterizam essa espécie de medo secundário. Sendo assim, predomina a sensação de existência vários perigos os quais pairam pelo mundo e que em algum momento incerto podem produzir efeitos colaterais negativos, somando-se a isso, ainda, uma vulnerabilidade dos indivíduos em razão da ausência de confiança em relação aos possíveis mecanismos de defesa produzidos pelo avanço tecnológico. Sendo assim, as pessoas agem em relação a um perigo em potencial de forma semelhante às ameaças imediatas: impulsionadas pelo medo.⁹⁵

razoavelmente esperar dividir com outros. A ânsia por esse tipo de extravasão, como lembra Ulrich Beck, “não contradiz a individualização, mas é na verdade produto da individualização que se tornou patológica”. A vida pessoal é supersaturada de sombrias apreensões e sinistras premonições, todas sofridas em solidão e tanto mais assustadoras por isso e também por serem evasivas e o mais das vezes indefinidas. Como no caso de outras soluções supersaturadas, basta uma pitada de pó para desencadear uma violenta condensação.”

⁹² BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. p. 8.

⁹³ Idem. p.8.

⁹⁴ Ibidem. p.8-9.

⁹⁵ Ibidem. p.9.

No cenário hodierno surgem, corriqueiramente, perigos inéditos, os quais, assim como tantos outros, não foram percebidos, em um momento anterior, pelos peritos e especialistas. Nesse diapasão, a sociedade líquida e moderna constitui-se como um mecanismo que visa a conceder um grau de tolerabilidade à vivência permeada pelo medo.⁹⁶

Sendo assim, no ambiente líquido-moderno o enfrentamento dos medos é um desafio diário e permanente. Essa vicissitude estimula a exploração econômica dos medos que afligem as pessoas, as quais são vislumbradas enquanto consumidores aptos a praticar o consumo de produtos e serviços direcionados a mitigar ou inibir determinados medos, ou os efeitos previsíveis de alguma ameaça potencial.⁹⁷

Essa peculiaridade, segundo o sociólogo polonês, resta clarividente, por exemplo, ao se verificar o repentino sucesso dos modelos automotivos “SUV’s”, assim como a publicidade a eles destinada. Com efeito, a partir da captação ou da percepção de determinado medo o mercado busca vender aos consumidores um produto que pode ser tido como uma espécie de antídoto cuja função é propiciar um incremento de segurança.⁹⁸

Essa exploração econômica das inseguranças humanas é facilitada, pois as pessoas visam a soluções rápidas e instantâneas em relação aos perigos, a fim de que o desconforto seja logo aliviado. Essa almejada velocidade está em consonância com o ritmo da sociedade líquida, contudo, em razão disso, as referidas soluções podem ter um prazo de duração curto em um contexto social no qual nada é feito para durar.⁹⁹

Nessa conjuntura há o desenvolvimento daquilo denominado por Bauman¹⁰⁰ de “vigilância líquida”. Na modernidade há uma imensa demanda por segurança a qual implica transformações nos aparatos de controle, inclusive no tocante à vigilância a qual perde seu caráter sólido e estável em prol de um controle mais móvel e fluído. Metaforicamente, essa vigilância se distanciaria de um aspecto semelhante ao da árvore, aproximando-se da forma de crescimento e disseminação

⁹⁶ Ibidem. p.12-13.

⁹⁷ Ibidem. p. 15.

⁹⁸ Ibidem. p.186-187.

⁹⁹ Ibidem. p. 149.

¹⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: Diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 10-11.

das ervas daninhas, espalhando-se por um território mais abrangente, esparramando-se por toda parte.

Nesse contexto de busca por segurança vislumbra-se o pan-óptico como um modelo de vigilância, o qual, especialmente na segunda etapa da modernidade, torna-se insuficiente para reduzir a insegurança social, pois voltado para uma modernização de viés sólido, reforçando-se, portanto os instrumentos de vigilância de viés líquido. Na sociedade do medo a segurança é um tema primordialmente voltado para o futuro, sendo dotada de um caráter preventivo, a partir do qual os indivíduos são monitorados, por meio de banco de dados e aparelhos eletrônicos, em uma racionalidade similar à que inspirou o romance e o filme intitulados *Minority Report*.¹⁰¹

Bauman¹⁰² utiliza uma metáfora muito interessante para ilustrar o contexto trazido a lume até aqui. Segundo o sociólogo os indivíduos estão envoltos em uma neblina. Sendo assim, não haveria uma ausência total de luminosidade, sendo a o campo de visão reduzido, porém não eliminado. Ou seja, o sujeito inserido na sociedade líquida seria livre, contudo gozaria de uma liberdade de quem está circundado por neblina, e, dessa forma, as ações de precaução e prevenção seriam limitadas, pois estariam direcionadas apenas em relação aos perigos mais visíveis e em relação aos quais há, em tese, um nível maior de calculabilidade.

O autor destaca, também, o papel desempenhado pelos *reality shows*, programas televisionados explorados pelos meios de comunicação de massa, nos quais há por parte dos participantes um medo de ser esquecido ou excluído. A luta para não ser excluído resume a missão desempenhada ao longo do *reality show*, pois se observa pessoas tentando excluir outros a fim de que elas próprias não sejam excluídas. Em certa medida esses programas ilustram a lógica consumista atual na qual as pessoas se incluem por intermédio da capacidade que possuem de consumir, sendo que os consumidores falhos são excluídos.¹⁰³

Bauman¹⁰⁴ assevera também, que a sociedade líquida está inserida em um contexto paradoxal. O progresso tecnológico proporciona diversos instrumentos

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: Diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. p. 12-13. SPIELBERG, Steven. *Minority Report*, 145 minutos, Estados Unidos da América, 21 de junho de 2002.

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. p.18-19.

¹⁰³ Ibidem. p.29-31.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 132-133; 168-169.

aptos a melhorarem a qualidade de vida das pessoas e a garantir-lhes mais segurança. Entretanto, um imensurável sentimento de medo floresce no âmbito da sociedade moderna hodierna, havendo uma desconfiança em relação à eficiência dos mecanismos supracitados em face de perigos já vislumbrados, ou que sequer se mostraram visíveis. Desse modo, especialmente no tocante aos países desenvolvidos, observam-se pessoas que gozam de uma qualidade de vida jamais vista outrora, mas que se sentem ameaçadas e inseguras, nutrindo uma espécie de paixão por segurança.

Do contexto acima se extrai o cenário paradoxal no qual os homens e mulheres que gozam de um conforto inédito, possuindo acesso a meios de prevenção de perigos e de ameaças concomitantemente nutrem um medo e uma obsessão por segurança também exacerbados, sendo que, para Bauman,¹⁰⁵ uma das promessas da modernidade foi ao menos parcialmente cumprida: aniquilação das ameaças à segurança da sociedade.

O sociólogo polonês assevera que a insegurança de natureza moderna é caracterizada, preponderantemente, por medos em relação a atividades de outras pessoas, ou seja, oriundos de comportamentos que estão sujeitos a decisões humanas.¹⁰⁶ O pensamento do autor parece correto uma vez que as decisões humanas configuram o principal marco distintivo da sociedade do risco. Bauman¹⁰⁷ faz uma abordagem distinta da elaborada por Beck, trazendo a lume um entendimento de que a intensificação da individualidade, em detrimento ao desenvolvimento da solidariedade humana, implica a ausência de confiança e a fragilidade dos relacionamentos interpessoais, nutrindo o medo supraexposto.

O aumento da insegurança é, também, uma consequência de um contexto em que se vislumbra uma maior desregulamentação dos mercados, os quais auferem lucro por meio da exploração dos medos humanos, assim como um concomitante enfraquecimento estatal no que diz respeito às proteções oferecidas aos cidadãos, ou seja, uma redução do Estado social. A fragilidade dos laços humanos e o desmantelamento da solidariedade social estimulam as pessoas a procurarem no mercado as soluções para o alívio dos medos, os quais são aumentados visto que o

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. p. 168-169.

¹⁰⁶ Ibidem. p.171.

¹⁰⁷ ibidem. p. 171-172.

mercado se retroalimenta com os lucros derivados dessa exploração econômica da insegurança humana.¹⁰⁸

De fato, hodiernamente vislumbra-se um descompasso entre a complexidade dos diversos seguimentos sociais e a capacidade estatal de tratar as questões a eles relacionadas. Bauman e Bordoni¹⁰⁹ observaram o referido contexto identificando que o neoliberalismo se apropria de determinada parcela das atividades estatais, estimulando um processo gradual de privatização dos âmbitos de ação ocupados, a princípio, pelo poder público.

Em razão da supracitada diminuição dos poderes ocorre uma redução no tocante ao atendimento às políticas públicas primordialmente econômicas. Com efeito, o Estado perde a capacidade de tomar decisões no âmbito econômico e essa nuance dá ensejo a lacunas e a falhas relativas às prestações de serviços sociais. Sendo assim, o Estado em crise deixa de prover o bem estar social e se transforma em uma espécie de parasita da sociedade, extraíndo da esfera social muito mais do que lhe é possível fornecer e colaborar, preocupando-se, apenas, com a própria subsistência.¹¹⁰

De acordo com os autores, no atual jogo político o Estado realiza uma espécie de controle em relação aos cidadãos sem, contudo, responsabilizar-se por eles, desempenhando um papel similar a uma governança neoliberal, em um cenário no qual o poder é administrado por mercados e grupos financeiros. Nesse contexto, os laços entre Estado e cidadãos perdem força e a sociedade, ao perder coesão, torna-se líquida em razão da ausência de vínculos, vicissitude típica do hodierno vulcão civilizatório global.¹¹¹

Diante disso, o Estado sucumbe, em grande medida, ao poder econômico, adotando medidas conciliáveis com o neoliberalismo, a fim de, ao menos, lograr êxito na manutenção do *status quo*. Por conseguinte, apresenta-se como resultado uma espécie de estatismo sem Estado, no qual são deixadas em segundo plano todas as promessas do *welfare state*, a partir de um governo sem responsabilidade final em relação aos cidadãos.¹¹²

¹⁰⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. p. 176-177.

¹⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. p. 28.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Ibidem. p.26-28.

¹¹² Ibidem. p.46-47.

É nesse cenário que a faceta negativa da globalização, utilizando-se uma terminologia de Bauman,¹¹³ prepondera em razão da ausência da globalização positiva, a qual ainda não foi estruturada. Por meio da consecução desse viés negativo houve a abertura da sociedade hodierna por intermédio do rompimento das fronteiras, com consequente fragilização do Estado-Nação.

Dessa forma, o autor verifica que a globalização negativa atua em relação a aspectos econômicos (capital e comércio), à vigilância, aos crimes e ao terrorismo, mas sem o equivalente desenvolvimento e abertura de instituições jurídicas e políticas aptas a controlarem esse complexo processo. Por isso, para Bauman,¹¹⁴ a globalização consubstancia-se como um fenômeno parasitário e predatório o qual se nutre e intensifica a partir daquilo que é retirado dos Estados-Nação, não havendo uma contrapartida positiva em relação à sociedade. Novamente constata-se a inexistência de estruturas sólidas as quais seriam responsáveis por lidar com os efeitos globais, existindo um descompasso em razão do aspecto líquido que permeia a sociedade hodierna e confere-lhe uma velocidade ímpar no tocante a transformações.

Beck¹¹⁵ também constata a existência de uma Globalização irreversível, a qual já produz efeitos há muitos anos e proporcionou um caráter mundial à sociedade hodierna, no âmbito da qual fronteiras são ignoradas e a unidade entre indivíduo, Estado e sociedade, premissa da primeira fase da modernidade, é erodida. Nessa conjuntura, vislumbra-se uma tendência não estatal, ou seja, de ausência do Estado, cujas atividades são reduzidas ou permeadas por setores e atores extrínsecos.

A modernidade em si é globalizante. Por intermédio desse processo as distâncias de espaço e tempo são relativizadas e o alcance das conexões é expandido. A globalização implica a intensificação das relações sociais em nível mundial. Portanto, eventos locais sofrem influência de acontecimentos e realidades distintas e longínquas, sendo que o inverso também possui verossimilhança.¹¹⁶

Essa mútua influência amplia a interdependência entre as localidades e os indivíduos, ao mesmo tempo em que não há mais os “outros”, pois todos podem ser

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. p. 126-127.

¹¹⁴ Ibidem. p. 126-127;189-190.

¹¹⁵ BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 181-182.

¹¹⁶ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. p. 76-77.

afetados pelas conseqüências globais, eles, os “outros”, continuam sendo o inferno perturbador, mas também podem ocupar o papel de salvador. Ademais, o Estado-Nação além de tornar-se muito pequeno para os problemas advindos da globalização, mostra-se muito grande para solucionar demandas extremamente localizadas, restando o Estado, dessa forma, ainda mais pressionado.¹¹⁷

Bauman¹¹⁸ corrobora com o entendimento de que o Estado está sofrendo por um processo de constante minimização, afirmando que “no cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Beck,¹¹⁹ por sua vez, possui uma opinião diversa, considerando que o Estado vem sofrendo uma metamorfose, abrindo mão de algumas tarefas em prol da assunção de outras atividades, fazendo uma metáfora com uma cobra que troca de pele:

“Podem-se dizer coisas contraditórias sobre o Estado moderno; por um lado, ele está definhando, mas, por outro, está mais importante do que nunca, e as duas coisas têm suas razões (...) definhar mais inventar igual a metamorfose do Estado. É assim que se pode esboçar e completar a imagem de um Estado que, como uma cobra está perdendo a pele de suas tarefas clássicas e desenvolvendo uma nova ‘pele de tarefas’ global.”

Os parágrafos anteriores compõem um desfecho adequado para um capítulo que buscou elucidar e trazer algumas provações no tocante às implicações e mudanças ocorridas em virtude da emergência da complexa sociedade do risco, fenômeno intimamente ligado ao vulcão civilizatório global hodierno. Ademais, também servem como um elo entre os dois primeiros capítulos, pois a seguir serão problematizadas as nuances relativas ao direito penal enquanto gestor dos riscos advindos do processo de modernização.

¹¹⁷ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. p. 189-190.

¹¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 74.

¹¹⁹ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. p. 66.

3 UMA VISÃO PANORÂMICA DO DIREITO PENAL COMO GESTOR DOS RISCOS

O primeiro capítulo do presente trabalho não visou a uma espécie de introdução histórica ou algo que o valha. Buscou-se, por meio da exposição e da análise das teorias da sociedade do risco e da modernidade líquida, demarcar as bases sobre as quais o direito penal vem sofrendo uma série de mutações. O contexto social exposto é fundamental para a compreensão das mais diversas alterações às quais o aparato criminal vem sendo submetido, seja no tocante à política criminal, à dogmática penal ou, ainda, ao processo penal. O direito não é um ambiente isolado, sendo suscetível às mudanças sociais, uma vez que se atribui, em especial à área penal, o exercício do controle social. Dessa forma, o ordenamento jurídico é em grande parte um reflexo da sociedade na qual está inserido.

Há uma mútua implicação nessa relação, mas as nuances sociais costumam determinar mais o ramo jurídico do que serem determinadas por ele. Ademais, via de regra, percebe-se um atraso do direito em regular as relações sociais, vez que essas ocorrem em um momento anterior à atuação do aparato jurídico, sendo esse descompasso temporal uma característica imanente ao direito. Neste segundo capítulo, serão expostas algumas mutações e desafios pelos quais vêm passando o direito penal inserido na sociedade do risco global, iniciando-se a exposição pelo tema da autorregulação e a problemática advinda das possíveis implicações do *compliance* no âmbito penal.

3.1 A AUTORREGULAÇÃO, O *COMPLIANCE* E AS IMPLICAÇÕES PENAIS

Em uma sociedade no âmbito da qual o medo e a vivência subjetiva da insegurança atingiram patamares inéditos, percebe-se um clamor social por uma resposta instantânea e potente. Desde a percepção pública dos riscos derivados do progresso tecnológico desenfreado, pleiteia-se ao Estado que efetue uma gestão dos riscos no tocante aos quais se vislumbrou, nas últimas décadas, um intenso incremento, não apenas quantitativo, mas também no que se refere ao potencial

danoso. A fim de dar cumprimento à atividade que lhe foi incumbida, o ente estatal prioriza a utilização do mecanismo mais violento de que dispõe: o direito penal.¹²⁰

O gerente do risco, no entanto, será qualquer indivíduo que atue no âmbito da avaliação e das tomadas de decisões relativas aos riscos e aos limites de tolerância. Esse ônus é compartilhado entre as esferas privada e pública, sendo que no ambiente público esse papel pode ser desempenhado pelo legislador, pelo administrador público e também pela autoridade judicial. O estabelecimento de estratégias de combates vem ganhando espaço nos mais variados segmentos sociais. A elaboração e a posterior aplicação de um programa de *compliance* por uma empresa, por exemplo, corresponde a uma estratégia de governança corporativa que representa uma gestão privada dos riscos.¹²¹

Essa imprescindibilidade de concretização de mecanismos de gerenciamento decorre da sistemática da sociedade hodierna, no âmbito da qual há uma disputa entre os que estimulam o desenvolvimento, movido pela constante produção de riscos, e aqueles que defendem uma limitação dessa produção de ameaças. Esse cenário é refletido em algumas atividades, tais como o conhecimento dos riscos, a regulamentação das práticas produtoras de riscos e as decisões e tratativas despendidas em relação aos centros de produção de riscos.¹²²

Os riscos inseridos na segunda etapa da modernidade, denominada de reflexiva, caracterizam-se pela indeterminação de suas causas e de suas consequências, sendo inviável delimitá-los tanto no espaço quanto no tempo. Dessa forma, torna-se difícil tratá-los de acordo com as normas estabelecidas em relação à culpa e à causalidade.¹²³

Ademais, em razão da complexidade dos elementos que compõe os sistemas tecnológicos, há eventos catastróficos inevitáveis, independentemente da existência de instrumentos de segurança e da conduta dos funcionários. Além disso, alguns riscos não podem ser imputados individualmente a alguém, pois as consequências negativas são fruto de uma acumulação de condutas individuais. Em que pese a criação desses centros produtores de riscos seja de procedência humana, a concretização das ameaças nem sempre está diretamente ligada a uma conduta específica, sendo muito complexo o estabelecimento de nexos causais e

¹²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 91-94.

¹²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 39-40.

¹²² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 75-77.

¹²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p.41.

imputações, mesmo com a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas.¹²⁴

É importante destacar que por muito tempo vigorou uma irresponsabilidade organizada no tocante aos riscos. Ao longo de um extenso período a própria existência lhes foi negada e os efeitos deles decorrentes foram minimizados, havendo uma cegueira, aliada a um eufemismo, em razão da crença na ciência e no potencial dela em relação à produção de desenvolvimento e de soluções aos problemas da humanidade. Isso redundou em um descompasso entre o potencial dos riscos e os mecanismos existentes para geri-los.¹²⁵

O direito penal se configura como um mecanismo de controle social e, também em razão disso, foi incumbido de realizar uma grande parcela da gestão desses riscos oriundos da modernização. Sendo assim, cabe ao aparato penal definir em diversas situações qual é o nível de risco permitido e se a conduta em apreço ultrapassou ou não o nível do tolerável.¹²⁶

Hodiernamente, há uma ausência de substrato científico apto a elucidar o nível de periculosidade de determinadas atividades ou procedimentos. Não existem dados e informações nítidas a respeito dos cursos causais decorrentes de uma conduta em específico, fatores que corroboram para uma intensificação da complexidade não apenas social, mas também da atuação dos gestores dos riscos.¹²⁷

Parcela da doutrina possui um entendimento diverso em relação ao papel do Estado. Constantemente divulga-se que o ente estatal se encontra enfraquecido em razão das falhas advindas das tentativas de cumprimento das promessas derivadas do Estado de bem estar social, assim como em virtude do ganho de complexidade das relações sociais, em especial em um ambiente globalizado, fatores que dão azo a um discurso direcionado à privatização de diversos espaços onde havia um predomínio ou uma exclusividade de atuação do Estado.¹²⁸

¹²⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 47-51.

¹²⁵ Ibidem. p. 61-62.

¹²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 41.

¹²⁷ Ibidem. p. 46-47.

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45-50; COCA VILA, Ivó. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* in [Jesús María Silva Sánchez – dir.] *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 45; 50. Zygmunt Bauman analisa o “enfraquecimento” estatal sob outra perspectiva, especialmente nas seguintes obras: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de

A partir dessa perspectiva, Silveira¹²⁹ aduz que a sociedade de risco e as medidas relativas à autorregulação do setor privado estão intimamente ligadas, sendo que esta se tornou uma dinâmica típica daquele contexto social. O autor admite uma flexibilização do direito penal tradicional em prol do avanço de um *soft law*, além de ser favorável à assunção pelas empresas de programas de *compliance* a fim de que o setor privado desenvolva estratégias de prevenção de ilícitos, posicionando-se a favor da adoção da autorregulação das pessoas jurídicas em razão da complexidade do setor econômico aliada à crise do Estado moderno.

Um dos principais argumentos em defesa da autorregulação é a incapacidade estatal de lidar com as questões complexas de uma sociedade globalizada e altamente desenvolvida no que tange ao aspecto tecnológico. Esses altos níveis de tecnicidade também impactam e fundam as estruturas empresariais. A especialização e a profissionalização das atividades inerentes às grandes organizações, assim como os modelos de gestão por elas adotados, impossibilitariam a existência de sistemas gerais de heterorregulação.¹³⁰

Coca Vila¹³¹ acrescenta aos argumentos acima expostos o fato de que o Estado social encontra-se em uma profunda crise, não possuindo, por exemplo, capacidade financeira para arcar com os custos relativos aos processos de regulação, de supervisão e de sanção.

Com efeito, essa mudança de rumo de parcela dos debates, saindo de um aumento do controle social estatal a partir do direito penal, como gestor de riscos, em direção a uma autorregulação do setor privado, mostra-se, no mínimo, intrigante, podendo haver, inclusive, interesses escusos. O mesmo Estado do qual se espera uma atuação em prol da redução das ameaças oriundas de uma sociedade do risco não pode ser simplesmente ignorado, ou mesmo deixado em segundo plano, no tocante à regulação das grandes corporações, em especial no que diz respeito a questões que toquem em alguma medida o sistema penal, sob pena de se incorrer em um paradoxo “esquizofrênico”. Parece que atuação penal deixou determinados setores incomodados, os quais, portanto, marcharam em represália ao ente público, por meio de um discurso que busca a transferência de atividades do Estado para as

Janeiro: Zahar, 2016 e BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

¹²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Op. cit. p. 73-78.

¹³⁰ COCA VILA, Ivó Op. cit. p. 45-46.

¹³¹ Ibidem. p. 46-48.

empresas e outros segmentos privados. Nessa conjuntura, ganham destaque, especialmente no setor empresarial, os programas de *compliance*.

Na concepção de Kuhlen¹³² denomina-se *compliance* o conjunto de medidas por intermédio das quais as empresas visam ao efetivo cumprimento das regras que compõem o ordenamento jurídico, expondo-se e, eventualmente, sancionando-se as infrações às mais variadas normativas. De acordo com o autor,¹³³ essas medidas não representam nenhuma novidade, não sendo intrigante o estabelecimento de um programa de *compliance*. Ainda nesse sentido, também não é estranho que o direito penal atue nesse cenário, por intermédio do estabelecimento de penas que visam evitar violações às normas. O *compliance* representa uma melhor organização dessa estratégia de prevenção a infrações de normas, a fim de incentivar uma cultura empresarial de cumprimento dos dispositivos normativos.

Há diversas formas regulatórias de se operar o *compliance* e a relação entre Estado e entidade empresarial. Na autorregulação pura as próprias empresas elaboram um sistema de regulação interno, à margem dos poderes públicos, ou seja, sem a interferência estatal. Nesse modelo, o Estado permanece excluído, tanto no que tange à elaboração das normativas, quanto no que se refere à supervisão e à sanção.¹³⁴ As empresas, na fruição de sua autonomia, regulam-se do modo que melhor lhes aprouver, sem serem condicionadas por agentes externos, adotando os sistemas de gestão de riscos que lhes pareçam mais adequados.

Outro modelo regulatório possível de ser adotado trata-se da metarregulação. Coca Vila¹³⁵ destaca que não há um conceito único que defina essa espécie reguladora. O autor aduz que por meio da metarregulação o Estado estabelece alguns padrões gerais ou diretrizes a serem adotadas pelas empresas, e, em um momento posterior outorga incentivos ou benefícios com o propósito de despertar o interesse das pessoas jurídicas em relação à observância dos parâmetros gerais estabelecidos pelo ente estatal.

Nesse contexto, o Estado não realiza uma efetiva regulação, apenas apresenta alguns marcos gerais e abstratos, restando uma ampla margem

¹³² KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal* in [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.] *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51.

¹³³ Idem.

¹³⁴ COCA VILA, Ivó. Op. cit. p. 49.

¹³⁵ Ibidem. p. 50-51.

discricionária às empresas, a fim de que elas possam, a partir dessas diretrizes, elaborar seus respectivos instrumentos normativos da maneira que lhes for mais oportuna.¹³⁶

Outra hipótese refere-se à autorregulação regulada, ou corregulação, modelo regulatório no âmbito do qual o ente privado ingressa no processo de regulação, mas permanece subordinado ao Estado e aos fins por ele perseguidos, prevalecendo o interesse público. Dessa forma, o Estado permanece como protagonista da tarefa regulatória, recorrendo às empresas a fim de obter uma colaboração no que se refere à elaboração e ao cumprimento de dispositivos normativos.¹³⁷

Coca Vila¹³⁸ elenca três modelos de autorregulação regulada. No primeiro deles, denominado de autorregulação delegada, o Estado delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém o poder de revisão, de supervisão e de sanção. No segundo modelo, classificado como autorregulação transferida, o Estado transfere o poder de regulação, de supervisão e de sanção, mas mantém o poder de revisão. Na terceira possibilidade o Estado trabalha *pari passu* com a empresa na elaboração de sistemas de regulação, havendo uma cooperação entre os dois segmentos dessa interação do público com o privado.

Em virtude do acima exposto, para o autor os modelos de autorregulação regulada seriam os mais aptos a propiciar a consecução de um interesse estatal de intervir à distância, utilizando as empresas para cumprir os fins do Estado. Desse modo, ou o particular participa do processo de regulação, ou o Estado lhe concede maior liberdade de agir à empresa.¹³⁹

Sieber¹⁴⁰ aponta para a existência de três formas de regulação da economia: autorregulação, corregulação estatal e privada e regulação puramente estatal. A diferença entre esses três modelos, em sentido semelhante ao apontado por Ivó Coca Vila, reside no espaço de liberdade de atuação concedido às empresas.

O autor alemão destaca a complexidade do mundo hodierno, ressaltando que a autorregulação e a corregulação possibilitam novas formas de direcionamento na

¹³⁶ COCA VILA, Ivó. Op. cit. p. 50-51.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ Ibidem. p. 51-52.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ SIEBER, Ulrich. *Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa*, in [Adán Nieto – org.] *El derecho penal económico en la era de La compliance*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013. p.10.

esfera econômica. Sieber¹⁴¹ aduz que os sistemas de autorregulação e de correção concedem uma grande efetividade aos programas de *compliance*, especialmente quando comparados a medidas essencialmente penais.

O autor discorre, também, sobre as vantagens desses modelos regulatórios e dos programas de *compliance* que se manifestam claramente em uma sociedade do risco, global e complexa. Segundo Sieber,¹⁴² as regulações derivadas das empresas frequentemente podem ser consideradas melhores e mais efetivas em relação aos instrumentos regulatórios do direito penal e do direito administrativo. Ademais, o autor se mostra favorável à autorregulação regulada, pois por intermédio de uma interação funcional entre os sistemas de regulação privados e estatais, é possível aprimorar o nível de eficiência do controle da criminalidade empresarial.¹⁴³

O autor ressalta a importância de evitar a existência de programas de *compliance* de aparência, ou de fachada. Devem existir conexões entre os aparatos regulatórios estatais e privados a fim de que ocorra uma troca de informações. Além disso, um sistema baseado em sanções e estímulos pode favorecer a implementação de um *compliance* verdadeiramente destinado à prevenção da criminalidade.¹⁴⁴

Segundo Coca Vila,¹⁴⁵ as barreiras impostas em relação a um modelo de autorregulação regulada são inversamente proporcionais ao grau de intervenção do Estado. Dessa forma, quanto maior o espaço de regulamentação ocupado pelo ente estatal mais legitimada estará a forma de autorregulação regulada. Além disso, o nível tolerável de flexibilização do princípio da legalidade depende dos efeitos jurídicos que o poder público está disposto a ceder ao regulado.

De acordo com o autor o estabelecimento de um código ético por determinada empresa não representa nenhum inconveniente ao poder público, pois essa atividade está inserida no âmbito da autonomia privada, configurando um exercício de autorregulação voluntária. Os problemas surgiriam a partir do momento em que os dispositivos normativos internos incorporassem determinados efeitos jurídicos que, via de regra, são assumidos pelo poder público.

¹⁴¹ Ibidem. p. 22-23.

¹⁴² SIEBER, Ulrich. *Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa*, in [Adán Nieto – org.] *El derecho penal económico en la era de La compliance*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013. p. 10.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Ibidem p. 25.

¹⁴⁵ COCA VILA, Ivó. Op. cit.p. 52.

Coca Vila¹⁴⁶ aduz que a aceitação de uma norma privada como determinante, ou codeterminante, para a aferição da reprovação penal representa uma cessão encoberta da competência legislativa a um ente ou a um grupo de entidades privadas, situação inconciliável com a noção de direito penal, e, por conseguinte, de Estado de direito. Essa privatização significa, também, o abandono da pena estatal com consequente regresso a uma solução privada em relação aos casos penais, os quais configuram os conflitos mais graves da sociedade. Isso, sem nenhuma dúvida, compõe o déficit de legitimidade da autorregulação regulada em relação às questões penais.

O direito penal é essencialmente público. Além disso, a noção de pena se diluiria em um sistema no qual sujeitos privados decidiriam o que configura, ou não, delito¹⁴⁷. Ao se considerar o *compliance* como forma de autorregulação verifica-se a existência de alguns problemas normativos. Primeiramente, levanta-se a dúvida em relação à legitimidade da delegação de funções reguladoras estatais a setores privados.

Outro problema relevante diz respeito às consequências que o *compliance* proporciona ao sistema de justiça penal. A implementação das medidas implicaria uma redução, ou mesmo um afastamento, das sanções advindas do Estado e direcionadas às empresas. Outro ponto fulcral concerne aos resultados obtidos pelas investigações internas levadas a cabo pelas empresas, e até que ponto eles poderiam ser utilizados no âmbito do processo penal, por exemplo.¹⁴⁸

Na sociedade de risco o processo de modernização torna-se reflexivo, transformando a si próprio em um tema problema. Nesse contexto, ocorre uma autoconfrontação do modelo social em comento. Sendo assim, a modernidade reflexiva, atual estágio da sociedade de risco, significa essa autoconfrontação com os riscos advindos da modernização, os quais não podem ser abordados mais da mesma forma e, portanto, recorre-se a outros mecanismos de controle.¹⁴⁹

¹⁴⁶ COCA VILA, Ivó. Op. cit. p. 53.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 69.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ BECK, Ulrich in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012. p. 18-22.

O *compliance* ocupa justamente parcela desse papel em relação ao direito penal. Contudo, é mister salientar que novos saberes geram novos “não-saberes”.¹⁵⁰ Por conseguinte, os instrumentos que em tese visam a solucionar problemas podem ajudar a ampliá-los, contribuindo com o desenvolvimento das ameaças da sociedade do risco global.

Kuhlen,¹⁵¹ ao questionar a legitimidade da delegação ao setor privado de funções regulatórias exercidas, em princípio, pelo Estado, pondera se essa transferência de tarefas não seria, a partir de uma analogia, algo semelhante a colocar a raposa para cuidar das galinhas.

Montiel Fernández,¹⁵² por exemplo, alerta sobre a possibilidade da implementação de um controle interno aparente, ou seja, um *compliance* de papel ou de fachada, o qual apenas visa ao encobrimento das práticas delitivas ocorridas no âmbito da pessoa jurídica. O autor se mostra favorável à privatização do controle da criminalidade, a partir da incorporação, pelas empresas, de componentes tipicamente estatais, a fim de que ocorra um aprimoramento do controle interno, o qual dê ensejo a uma prevenção da prática delitiva.

Contudo, Montiel Fernández¹⁵³ alerta que a aplicação equivocada de um programa de *compliance* pode ter o mesmo efeito de se tentar apagar um incêndio com gasolina, uma vez que as práticas defeituosas podem implicar o aumento dos riscos penais. O problema em si não reside no *compliance*, mas sim no nível de discricionariedade dos entes coletivos e na falta de controle das ações das empresas, assim como na classificação da implementação de um programa de cumprimento de normas como causa excludente da culpabilidade, tema que será tratado adiante.

O *compliance* não pode ser utilizado como uma estratégia visando a impossibilitar a imputação penal das pessoas jurídicas. Especialmente no direito de matriz romano-germânica (*Civil Law*) foram colocadas barreiras à responsabilização

¹⁵⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 23-25.

¹⁵¹ KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal in [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Victor Gómez Martín – dir.] Responsabilidad penal de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. p. 106-107.

¹⁵² MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Autolimpieza empresarial*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.] *Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales*, in *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 223-225.

¹⁵³ MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. Op. cit. p. 242-243.

penal dos entes coletivos, conforme análise realizada por Busato.¹⁵⁴ Contudo, em razão da percepção, e consequente suscetibilidade, dos cidadãos em relação às ameaças do hodierno vulcão civilizatório, os entraves à referida imputação vêm sendo superados.

As pessoas jurídicas possuem um potencial imensurável de lesar bens jurídicos, não sendo razoável, nem muito menos proporcional, deixá-las incólumes aos efeitos penais. Assim como ocorre em relação às pessoas físicas, a incidência, ou não, do direito penal deve depender do bem em questão e do grau da ofensa (lesão ou perigo de lesão) a ele direcionada.

Destaca-se, também, a importância de ressaltar que destinar o direito penal preponderantemente aos “poderosos” (empresas e pessoas que agem por intermédio delas) não significa necessariamente o abandono do direito penal do autor, podendo representar apenas a alternância do inimigo. Não se pleiteia por um direito penal máximo, tampouco se quer estimular uma irresponsabilidade organizada, ou uma cláusula de exclusão de punibilidade que isente a empresa apenas em razão da formulação de um programa de *compliance* aparentemente adequado.¹⁵⁵

Segundo Coca Vila¹⁵⁶ as pessoas jurídicas representam um problema político-criminal. O autor se posiciona favoravelmente a que o Estado estimule as pessoas jurídicas a se regularem, pois, a mensagem penal chega a elas com menos força, além de que os poderes públicos têm mais dificuldades para conhecer o delito no âmbito empresarial, assim como proceder à respectiva sanção.

Esse estímulo ao desenvolvimento de uma cultura do cumprimento, que pode acarretar eventual diminuição de pena; a depender da conduta (em razão do desvalor de ação), trata-se de algo passível de mensuração na aplicação da pena. O que não se mostra como a melhor solução é a configuração de uma obrigação excludente de responsabilidade penal em razão do simples estabelecimento de um programa de cumprimento.

¹⁵⁴ BUSATO, Paulo César, in BUSATO, Paulo César; Guaragni, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba, Juruá editora, 2013. p. 27-29.

¹⁵⁵ BUSATO, Paulo César. *O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica*. p.25. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13302-13303-1-PB.pdf>

¹⁵⁶ COCA VILA, Ivó. Op. cit. p. 72.

Gómez-Jara Díez¹⁵⁷ defende um modelo de autorresponsabilidade penal empresarial que não se fundamenta, essencialmente, nas condutas das pessoas físicas, buscando-se a essência da responsabilização justamente na própria organização. O autor alude que o modelo construtivista, por ele adotado, optou, como paradigma social, pela teoria dos sistemas autopoieticos. Esse modelo parte da concepção de que existem vários sistemas que possuem a capacidade de se reproduzirem a partir de si mesmos e de seus próprios produtos, configurando-se, portanto, como autorreferentes.

Segundo o autor, o cidadão corporativo deve ser fiel ao direito, sendo que a não-institucionalização de uma cultura empresarial visando à consecução dessa finalidade implica a manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial. Desse modo, a culpabilidade empresarial é caracterizada por um déficit de fidelidade ao direito que proporciona a manifestação de uma cultura empresarial de não cumprimento do conjunto normativo que compõe o ordenamento jurídico.¹⁵⁸

Como consequência desse pensamento, a implementação de um programa de *compliance* voltado ao estabelecimento dessa cultura empresarial de cumprimento normativo implicaria a exclusão da culpabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁵⁹

Gómez-Jara Díez¹⁶⁰ aduz que as empresas são temerosas em relação à responsabilização penal das pessoas jurídicas, situação bastante lógica, uma vez que se trata do aparato jurídico mais forte do ente estatal. Ademais, o direito penal possui um caráter simbólico bastante significativo, atingindo uma característica muito relevante às empresas, especialmente no âmbito de uma sociedade globalizada: a reputação empresarial.

A partir das considerações desenvolvidas neste tópico, defende-se a manutenção de uma regulação estatal em relação aos entes privados, uma vez que grande parte da gestão dos riscos, inerentes à sociedade de risco, deve ser realizada pelo ente estatal, sendo que as ameaças mais severas devem ser reguladas pelo aparato penal.

¹⁵⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33-35.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 54.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 83-84.

¹⁶⁰ Idem.

A autorregulação privada poderia dar azo a uma espécie de privatização do direito penal, nuance que, entre outros problemas, representa uma afronta ao princípio da legalidade. Ademais, o setor privado opera a partir de uma óptica do lucro e da hierarquia, sendo que haveria uma probabilidade da implementação de programas de *compliance* meramente aparentes, os quais escolheriam alguns bodes expiatórios para serem sancionados. Essa situação apenas agravaria o problema da seletividade do direito penal, deixando os vulneráveis ainda mais expostos, havendo uma indulgência prévia em relação aos mais poderosos.

Por fim, o *compliance* não deve, por si só, constituir uma cláusula de exclusão da responsabilidade penal, devendo ser utilizado, por exemplo, no momento de dosimetria da pena. A simples aplicação de um programa de *compliance*, com aparência de eficiente e legítimo, não deve ser uma cláusula objetiva de impossibilidade de imputação penal. Sob pena desse instrumental, que a princípio pode colaborar muito com a criação de uma cultura empresarial de observância da lei, transformar-se em propulsor de uma irresponsabilidade organizada das empresas, dificultando-se a responsabilização penal das pessoas jurídicas, selecionando determinadas pessoas físicas, fungíveis e vulneráveis, para sofrerem as devidas sanções a fim de propiciar uma aparência de legitimidade e eficácia aos programas de *compliance*.

Essa irresponsabilidade organizada está em um plano diametralmente oposto das técnicas de tipificação desenvolvidas no âmbito da sociedade do risco. No tópico a seguir, serão expostas as principais diretrizes e características de um direito penal inserido na sociedade do risco global, o qual pode ser denominado de direito penal do risco.

3.2 O DIREITO PENAL E A GESTÃO DOS RISCOS

Até o presente momento, a crise do Estado Nação, a globalização, e as complexas ameaças da sociedade do risco legitimaram a expansão do direito penal e a atuação desse aparato jurídico como gestor de riscos. Essa conjuntura também se mostra em certa medida paradoxal, pois é justamente no contexto de enfraquecimento do Estado que se vislumbra o fortalecimento do mecanismo mais forte de intervenção estatal nas liberdades dos cidadãos.

Em um período em que nada é feito para durar, o sistema social se depara com um direito penal líquido, em relação ao qual os centros de referência vêm sendo implodidos em razão da constante entrada em vigor de novos diplomas legais somando-se a isso a relativização de determinados princípios fulcrais. Ademais, na era das incertezas o direito penal também se torna incerto, em determinada medida, pois as certezas necessárias em virtude da observância do princípio da legalidade já não são mais tão sólidas.¹⁶¹

A fluidez e a flexibilidade não implicam afetações tão somente na sociedade de uma maneira mais ampla, como também acarretam mutações na intervenção penal. Isso faz com que determinadas garantias sejam flexibilizadas em prol de um suposto “eficientismo” do aparato penal. Ademais, no âmbito do vulcão civilizatório global, a velocidade das relações se potencializa e a necessidade de uma resposta estatal célere em relação aos fatos tidos como criminosos também é incrementada. Esse antídoto para a suscetibilidade das pessoas ao risco é produzido pelo direito penal o qual, por exemplo, por meio das prisões cautelares, logra êxito em mitigar a insegurança social.¹⁶²

As situações de risco criadas pela indústria dão azo a um debate público a respeito das causas e dos culpados, assim como a uma espécie de competição cuja finalidade seria a formulação de definições a respeito dos riscos. Esse processo definidor envolve diversos segmentos sociais, tais como a mídia, o legislativo, o judiciário, o executivo e a economia, setores que são priorizados em detrimento de um parecer científico. Há um cenário, portanto, em que os interesses políticos e econômicos preponderam, pois a influência da percepção pública dos riscos industriais sobre questões econômicas vem sendo ampliada.¹⁶³

Essa disputa em torno da definição das situações de risco incrementa a politização do direito penal, pois o sistema político e a criminalização, primária e secundária, se aproximam mutuamente em razão dos riscos, das inseguranças e das incertezas que permeiam a sociedade hodierna, causando irritações no âmbito da política criminal e, por conseguinte, da dogmática penal.¹⁶⁴

¹⁶¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. 77-79;82. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en La sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 30-34. BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7.

¹⁶² MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 44-47.

¹⁶³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 89-90.

¹⁶⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 89-90.

Vislumbra-se uma tendência de compatibilização e de aproximação do direito penal com o contexto social no qual ele está inserido e com os conflitos e problemas inerentes ao paradigma social vigente, qual seja, a sociedade de risco. Nessa conjuntura, a política criminal adquire um destaque que às vezes lhe era denegado, pois é por intermédio dela que os ruídos sociais ingressam no sistema penal, por meio de reações preventivas, ou mudanças de *lege ferenda*, por exemplo.¹⁶⁵

A intensidade e a amplitude dos novos riscos em certa medida proporciona uma legitimidade, ainda que simbólica, ao uso do direito penal, mecanismo jurídico de maior violência. Ademais, as incertezas e as desconfianças que permeiam as atividades e os estudos desempenhados pelos setores científicos corroboram com a intervenção penal em detrimento da regulação conduzida pelos cientistas. Além disso, e conforme já exposto, uma das principais características da sociedade do risco é o fato de que os riscos tecnológicos são advindos de decisões humanas e a elas devem ser referidos, não mais sendo atribuídos a eventos acidentais, cenário em que a atribuição de responsabilidade aos indivíduos em razão da prática de condutas geradoras de riscos se torna de fulcral importância.¹⁶⁶

Dessa forma, as decisões humanas como fonte de eventos danosos ao sistema social, somadas a uma expectativa de gestão e de regulação das mais diversas atividades desenvolvidas no âmbito da sociedade do risco implicam uma inflação penal, retirando desse aparato jurídico ao menos parcela de seu viés minimalista a fim de que ele possa gerir as situações de perigo e garantir segurança às comunidades. Nessa senda, recorre-se à política criminal para que, por seu intermédio, a complexidade da sociedade hodierna seja sintetizada em normatizações.¹⁶⁷

Essa inflação penal não seria apenas no tocante aos bens jurídicos aos quais os tipos penais fazem referência, mas também em razão da mitigação e da flexibilização dos princípios e das garantias, assim como das condições concernentes à imputação e à atribuição de responsabilidade penal¹⁶⁸. Ao tratar do papel desempenhado pelo instrumento jurídico no âmbito da sociedade global do

¹⁶⁵ Ibidem. p. 92-93.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 94.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 94-95.

¹⁶⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto*, in AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 66.

risco Prittwitz¹⁶⁹ argumenta que o direito não é apto a resolver os problemas do aludido modelo social, sendo o direito penal, em comparação com demais segmentos jurídicos, a pior das opções. Contudo, um movimento que envolve diversos setores sociais, tais como o mundo político, a opinião pública, os meios de comunicação e parcela do mundo jurídico, corrobora para que o direito penal desempenhe a supracitada tarefa.

Primeiramente, é importante ressaltar que o aparato jurídico, e especialmente o direito penal, é direcionado ao passado e não ao futuro. Além disso, o instrumento penal seria orientado por um sistema binário que admite apenas “sim” ou “não” no que tange à culpabilidade, não permitindo como resposta um “talvez”. Tendo-se em vista a sociedade do risco, na qual predomina um caráter difuso e incerto, verifica-se que o direito penal não se mostra como um mecanismo adequado a proporcionar as respostas almejadas, em razão desse descompasso.¹⁷⁰

O autor alemão aduz, ainda, que o direito penal, no que tange à sua estrutura normativa, possui como referencial o indivíduo, existindo um viés individualista desse aparato jurídico destinado à persecução de indivíduos desviados. Aqui também reside um descompasso entre o instrumento que solucionaria os problemas (aparato penal) e o ambiente problemático (sociedade do risco), pois no modelo social hodierno são causas sistêmicas, e não comportamentos individuais isolados, que dão azo aos principais problemas existentes. Segundo o autor, quase a totalidade dos danos ambientais são decorrentes de atividades lícitas, que se encontram inseridas no âmbito do risco permitido, e, portanto, em relação às quais o direito penal é inócuo.¹⁷¹

Outrossim, o direito penal está camuflando as reais características do problema: as causas sistêmicas e o excesso de riscos permitidos. Isso ocorre de forma voluntária ou não, impossibilitando a adoção das medidas que possuem maior aptidão para solucionar os dilemas da sociedade de risco. Haveria uma soma de esforços coadunando com esse cenário: os indivíduos que são esperançosos em relação à eficiência do aparato penal se aliam de certa forma aos que auferem vantagens em razão do uso equivocado do direito penal.¹⁷² Neste ponto parece residir um dos maiores desafios no tocante à matéria criminal, o estabelecimento de

¹⁶⁹ Ibidem. p. 61-62.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 62-63.

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit. p. 64-65.

estruturas típicas aptas a promover um direito penal legítimo, sem antecipações indevidas, e com âmbitos de intervenção; e espaços de risco permitido, bem definidos.

Com efeito, as indústrias que dão azo à criação de riscos - por exemplo, as poluidoras do meio ambiente - possuem interesse de que os efeitos nocivos à natureza sejam tidos como crimes, pois visam à obtenção de vantagens em razão do mau uso do direito penal, a fim de que elas possam dar seguimento aos processos por elas desenvolvidos, os quais seriam, em tese, perigosos, porém benéficos do ponto de vista financeiro. Ou seja, as grandes corporações não desejam regulação, pelo contrário, visam ao maior nível de liberdade possível, transferindo a responsabilidade pelos eventos catastróficos a algumas “ovelhas negras” ou, como a conotação realizada no documentário “the corporation”¹⁷³, os problemas são causados por “maçãs podres”. Por meio dessa lógica, as empresas tentam se eximir de responsabilidade, constituindo uma espécie de bode expiatório e, a partir disso, retira-se o “bode da sala”, quando necessário, concedendo-se uma satisfação à sociedade. Entretanto, o verdadeiro centro causal dos riscos continua intacto e camuflado na sala.¹⁷⁴

A maior intensidade com que o direito penal e o direito processual penal são manejados se deve a uma política criminal decorrente da exploração midiática da violência e a um conseqüente incremento no tocante ao sentimento de insegurança social. Em razão dessa política criminal repressiva vislumbram-se a criação de novos delitos e o agravamento das penas relativas aos crimes já previstos em lei, havendo uma ampliação do espaço de incidência do direito penal, o qual passa a atuar em relação a segmentos sociais que a opinião pública reputa ameaçados, tais como o meio ambiente, a economia, a segurança informática, o sistema tributário, entre outros.¹⁷⁵

Para esses temas há uma referência a bens jurídicos coletivos, cuja individualização é difícil ou até mesmo impossível, em razão do caráter difuso que os caracteriza. A fim de que sejam instrumentalizados esses bens jurídicos coletivos,

¹⁷³ THE CORPORATION. Direção: Joel Bakan, Jennifer Abbott e Mark Achbar. Produção: Jennifer Abbott e Mark Achbar. Canadá: Big Picture Media Corporation, 2003. 145 min. Disponível em: www.youtube.com.

¹⁷⁴ PRITTWITZ, Cornelius. Op. cit. p. 64-65.

¹⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de La imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e M^a del Mar Díaz Pita. Valência: tirantlo blanch alternativa, 1999. p. 86-88.

soma-se a eles a técnica da previsão de delitos de perigo, em especial os crimes de perigo abstrato. Nessas formas delitivas não é necessária a ocorrência de dano, bastando a demonstração da realização de uma conduta que o legislador reputou configuradora do perigo.¹⁷⁶

Segundo Hassemer,¹⁷⁷ a lógica que predomina nesse processo de ampliação do aparato penal o considera como um mecanismo de política estatal, e, visando-se à eficácia no cumprimento das metas políticas a ele destinadas, o direito penal perde o seu caráter de garantidor das liberdades. Por conseguinte, ocorrem tensões em relação ao papel de *ultima ratio*, tradicionalmente atribuído a essa área jurídica.

De acordo com o autor, o direito penal não possui flexibilidade suficiente para cumprir funções de viés preventivo, somando-se a isso, ainda, a particularidade de o direito penal ser orientado ao fato, ou seja, incidindo após a ocorrência do delito. Ademais, um direito penal que observe os próprios princípios fundamentais não logrará êxito em cumprir a missão que lhe é atribuída: controle e repressão da violência. Desse contexto, Hassemer¹⁷⁸ extrai que, com o propósito de mitigar o déficit de eficácia do aparato penal haverá um incremento ainda maior na repressão. Além disso, vislumbrar-se-á uma eficácia puramente simbólica desse instrumento jurídico em relação a determinados setores sociais, obtida por intermédio de uma resposta instantânea e intensa em face dos medos, das incertezas sociais e dos eventos catastróficos.

O direito penal clássico ou tradicional é, de um lado, caracterizado por ser um instrumento violento de repressão. Contudo, consubstancia-se também como um mecanismo apto a proporcionar determinadas garantias, entre as quais a liberdade. Nesse cenário, o aparato penal exerce o papel de um dos elos de uma cadeia, sendo a *ultima ratio* no tocante ao tratamento de conflitos sociais, não se atribuindo a ele o encargo de solucionar toda e qualquer espécie de problema.¹⁷⁹

De acordo com Hassemer,¹⁸⁰ ocorre uma ruptura do direito penal moderno em face do modelo tradicional, justamente enquanto as nuances deste são concretizadas por aquele aparato jurídico. A figura moderna, ao se deparar com um

¹⁷⁶ Ibidem. p. 88-89.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 89.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 90.

¹⁷⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de La imputación en Derecho Penal*. p. 46.

¹⁸⁰ Ibidem. p. 46-47.

contexto diverso, diversifica-se, assumindo funções e características destoantes do modelo penal clássico. A proteção de bens jurídicos, por exemplo, cuja finalidade original era limitar a intervenção penal, perde parcela de seu caráter negativo em prol da assunção de um viés positivo de justificativa e de legitimação de ampliação da criminalização.

Ademais, outra característica importante do direito moderno é o fato de ele ser voltado à prevenção. Esse é o paradigma predominante no sistema penal hodierno, cuja atuação é antecipada, seja no tocante à dogmática, seja no que diz respeito ao processo penal, a fim de que o ideário preventivo possa ser cumprido, ainda que parcialmente, em um ambiente no qual se visa à eficiência e à mitigação do sentimento de insegurança.¹⁸¹ Diante disso, o direito perde parcialmente seu viés de *ultima ratio*, assumindo um papel de protagonista, ou de primeiro interventor, no que se refere à solução de conflitos sociais. Segundo Hassemer,¹⁸² essa conjuntura implicou um direito penal como *soft law*, ou seja, um instrumento por meio do qual a sociedade é organizada. No próximo tópico, serão problematizadas, a partir de uma análise preponderantemente político-crimal, as vicissitudes referentes a uma estratégia penal de caráter preventivo, viés típico do ambiente social do risco, em que se busca evitar a ocorrência do dano em razão da magnitude em potencial que possíveis eventos catastróficos possuem.

3.3 A POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Anteriormente, as catástrofes e os perigos eram atribuídos a Deus, à natureza, ou ao destino. Na sociedade de risco eles são atribuídos às decisões humanas. A responsabilidade pelas consequências indesejadas deve ser concedida tanto aos indivíduos singularmente considerados, quanto às empresas e às autoridades administrativas.¹⁸³ Os nexos causais e de responsabilidade são organizados de uma maneira complexa. Há uma expansão das conexões estabelecidas entre os elos causais, sendo esse cenário permeado por incertezas e ausência de clareza. Ademais, as ações de caráter coletivo logram êxito na obtenção de mais espaço, sendo que, em razão disso, a responsabilidade se dissipa

¹⁸¹ Ibidem. p.49-50.

¹⁸² Ibidem. p. 50-51.

¹⁸³ MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 27-28.

por meio de uma sequência de atividades para as quais contribuem inúmeras pessoas que são integradas em um sistema.¹⁸⁴

O aumento de complexidade e perfeição das organizações, como por exemplo as empresas, é diretamente proporcional à dispensabilidade de um indivíduo, ou de um funcionário, o qual pode ser facilmente substituído. Essa nuance corrobora com que o indivíduo não se sinta responsável pelas consequências de suas atividades desenvolvidas no âmbito da organização, uma vez que a contribuição por ele prestada seria demasiadamente pequena.¹⁸⁵

O medo que permeia a sociedade hodierna é caracterizado por uma sensação de insegurança subjetiva cuja existência prescinde da presença de perigos reais e concretos. Esse cenário enseja uma demanda, inclusive normativa, por segurança, a fim de que haja a consecução de uma tutela em face dos riscos, a fim de que haja uma confiança de que se vive em um ambiente seguro. No âmbito da sociedade de risco a necessidade por segurança está sempre em crescimento, assim como os riscos que lhe caracterizam. Esse desejo por um ambiente seguro é um barril sem fundo, e passa a ser um referencial central na organização da vida social.¹⁸⁶

Ao direito penal e ao direito processual penal são direcionadas grande parte das demandas por segurança advindas da opinião pública e das autoridades, o que implica o processo de expansão desses aparatos a fim de que haja um controle dos novos perigos. Sendo assim, o Estado adquire um viés preventivo bastante relevante, transformando-se em um Estado de Segurança.¹⁸⁷

O direito penal do risco é produto do desenvolvimento de uma série de modificações que vêm sendo promovidas no sistema penal a fim de adaptá-lo à sociedade do risco.¹⁸⁸ Com efeito, as consequências desse processo e a crise das estruturas do direito penal, do processo penal, e da política criminal, tornam-se temas fundamentais, pois esses segmentos vêm perdendo parcela de seus referenciais em razão da problematização e desincorporação de algumas estruturas em prol da emergência de outras que ainda não estão completamente formadas.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 28-29.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 29.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 30-31. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p.28.

¹⁸⁷ MENDOZA BUERGO. Op. cit. p. 30-31.

¹⁸⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 35.

Intensificam-se as dúvidas a respeito da possibilidade de rendimento do ordenamento jurídico perante os desafios trazidos a lume pela sociedade do risco. As mudanças no tocante às mais diversas relações sociais inserem o sistema jurídico como um todo, e especialmente o direito penal, em um contexto de dificuldades, pois as estruturas antigas não se mostram aptas a lidar com as novas realidades.¹⁸⁹

Ademais, os novos riscos são dotados de certas características que dificultam essa compatibilização, e, por conseguinte, são afetadas a efetividade e a legitimidade das respostas advindas do direito penal. Um dos obstáculos se traduz na ausência de dominação, e de possibilidade de realizá-la por completo, no que tange às consequências do progresso tecnológico, pois a complexidade e a difusão desse fenômeno no espaço e no tempo inviabilizam a normatização dos fatos dele desencadeados. Nesse sentido, Mendoza Buergo¹⁹⁰ aduz que há uma “explosão de ignorância”, pois informações essenciais sobre esses novos riscos são desconhecidas e, ademais, a cada progresso científico são vislumbrados novos setores permeados pela ignorância.

Outro fator que acarreta dificuldades ao direito penal deriva do protagonismo das organizações hierarquizadas e complexas, tais como as empresas e o próprio Estado, no que tange à atuação como fontes produtoras de riscos. As referidas nuances implicam embaraços para atuação do direito penal, pois as estruturas de imputação não são capazes de proporcionar um tratamento eficaz das situações em tela, mormente sem proceder por intermédio da flexibilização das estruturas e garantias a fim de que se dê azo a uma compatibilização forçada do instrumento jurídico aos novos desafios.¹⁹¹

A política criminal em desenvolvimento na sociedade de risco global tende a estabelecer um direito penal de caráter preventivo, a partir de um adiantamento da atuação do referido aparato jurídico, ao qual atribui a função de evitar a ocorrência de danos e, por isso, as estruturas de imputação são antecipadas a fim de que a intervenção penal seja realizada previamente à concretização dos riscos. Nesse

¹⁸⁹ Ibidem. p. 39.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 42.

¹⁹¹ Ibidem. p. 42-43.

sentido, amplia-se a utilização dos delitos de perigo, mormente da modalidade abstrata, aos quais se alia a proteção de bens jurídicos difusos.¹⁹²

Nessa conjuntura, fica em segundo plano a análise a respeito da necessidade de utilização do aparato penal, assim como se esse instrumento é o mais eficaz para oferecer soluções aos problemas sociais. Ademais, nesse mesmo diapasão, perde protagonismo a análise a respeito do âmbito de intervenção legítima do instrumento penal. Esse *modus operandi* de estabelecimento da política criminal, tendo como premissa a resposta penal imediata em detrimento da análise dos pressupostos que agregariam legitimidade à intervenção penal, dá ensejo a uma tensão em relação ao princípio da *ultima ratio*.¹⁹³

Nas situações em que não são constatados perigos concretos, assim como naquelas em que o aparato penal não se mostrou apto para desempenhar seu papel, mas que mesmo assim a intervenção seja o mecanismo utilizado para dar uma resposta à sociedade, visando-se a um acréscimo na sensibilidade de segurança, poder-se-á verificar a ocorrência de um direito penal de efeito meramente simbólico, apoiado por uma legislação também simbólica. Esse cenário, caso percebido pela população insegura, corroborará com a ineficácia desse instrumento jurídico.¹⁹⁴

Ou seja, promete-se a consecução de segurança por meio do aparato penal, contudo falha-se na concretização desse objetivo, restando apenas o efeito de natureza simbólica. Haveria, portanto, uma crise de efetividade do direito penal, o qual não estaria orientado para a tutela concreta dos bens jurídicos, mas sim para o cumprimento de determinados fins de viés político. Dessa forma, conclui-se que o apelo por prevenção e segurança no âmbito da sociedade de risco dá ensejo a uma política criminal simbólica.¹⁹⁵

É imperioso ressaltar que a norma não possui um rendimento ilimitado no que tange à consecução de direcionamentos sociais. Buscar segurança por intermédio de instrumentos normativos é um método cujo rendimento prático é limitado, pois as soluções para os problemas e conflitos sociais (plano dos fatos) não podem ser obtidas, ao menos não em sua totalidade, no plano normativo. Ao se atribuir ao direito penal o dever de proporcionar um maior nível de segurança para a sociedade

¹⁹² MENDOZA BUERGO. Op. cit. p.45.

¹⁹³ Ibidem. p. 46-47.

¹⁹⁴ Ibidem. p. 47.

¹⁹⁵ Ibidem. p. 54-55.

a probabilidade de fracasso é grande, em razão de um déficit de efetividade que implicará um predomínio do efeito simbólico do aparato penal, ou seja, da sua função latente em detrimento da função manifesta, o que redundará em uma perda de confiança da sociedade nesse mecanismo.¹⁹⁶

Em um primeiro momento essa função simbólica resolveria os problemas, mas a partir da verificação, por parte da sociedade, da ineficiência do direito, mormente da esfera penal, no tocante à regulação dos problemas decorrentes da sociedade do risco global, poderia ter início uma verdadeira desintegração do direito penal, em razão da necessidade de flexibilizá-lo e adaptá-lo a fim de ao menos simbolicamente apresentar à sociedade um instrumento apto a lhe proporcionar uma resposta imediata e eficaz.¹⁹⁷

Deve-se ressaltar, contudo, que todas as leis penais possuem um efeito simbólico. Essa vicissitude não é recente e nem tampouco derivada do modelo social do risco; pelo contrário, é uma nuance que caracteriza o direito penal. Ademais, a crise de efetividade e de legitimidade do aparato penal já vem sendo discutida há algum tempo, apenas tendo sido ampliada em razão das novas exigências e âmbitos de atuação do direito penal inserido no paradigma do risco.¹⁹⁸

Esse simbolismo é observado claramente na recente operação “carne fraca”,¹⁹⁹ deflagrada pela Polícia Federal. Mesmo sem a existência sequer do oferecimento de uma denúncia pelo Ministério Público Federal vislumbram-se nitidamente efeitos negativos em relação às empresas investigadas, cujas ações na bolsa de valores caíram de modo relevante. Além disso, a ampla divulgação macula a imagem não apenas das empresas, mas a do próprio país exportador das carnes produzidas, em especial pelas empresas JBS e BRF. O caso penal em tela ganhou repercussão nacional e mundial, também sendo possível, a partir dele, visualizar o papel desempenhado pela mídia no que tange à difusão de determinado evento ao qual se etiqueta com o rótulo penal. Resta clarividente, ainda, a instantaneidade da resposta penal adequada à dinâmica da sociedade do risco, assim como o caso

¹⁹⁶ MENDOZA BUERGO. Op. cit. p. 55-57.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 57-58.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 58.

¹⁹⁹ Informações retiradas das seguintes matérias:

<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-jbs-e-da-brf-devem-ser-penalizadas-pela-operacao-carne-fraca,70001703746>.

<https://www.cartacapital.com.br/politica/carne-fraca-midia-estrangeira-ve-novo-golpe-na-economia-brasileira>.

penal transformado em espetáculo. Não se almeja, no presente trabalho, realizar uma análise crítica ou uma larga exposição do fato supracitado, mas apenas utilizá-lo como exemplo ilustrador da forma que pode ser assumida pela dinâmica penal hodierna.

A ampliação da intervenção é, também, um corolário do caráter reflexivo o qual pode ser atribuído aos riscos. A democratização da suscetibilidade aos efeitos colaterais do progresso tecnológico intensificam a demanda pela oposição de mecanismos de minimização das consequências nefastas. Essa ampliação dos sujeitos passivos no âmbito da sociedade de risco global acelerou o processo de expansão do direito penal, visto que o conflito de classes sociais não mais é o paradigma que ilustra a forma preponderante de organização social hodierna.²⁰⁰

Silva Sánchez²⁰¹ define o direito penal como mecanismo cuja função é proteger os bens jurídicos mais relevantes. O autor espanhol vislumbra um processo de expansão do direito penal, no âmbito da sociedade de risco - inserida em um cenário globalizante permeado por uma sensação coletiva de insegurança potencializada pela influência dos meios de comunicação de massa.

É imperioso ressaltar o papel dos meios de comunicação em massa, os quais são responsáveis por difundir uma série de informações aos indivíduos. Contudo, quantidade não corresponde à qualidade e, se torna difícil identificar a fidedignidade das notícias difundidas. Em meio a uma abundância de informações, observa-se uma dificuldade no estabelecimento de filtros e critérios que visem atribuir confiabilidade àquilo que é propagado pelos meios de comunicação.²⁰²

O autor espanhol cita também a velocidade das relações sociais hodiernas, assim como a ausência de controle em relação ao curso dos acontecimentos como vicissitudes que intensificam a insegurança social. Silva Sánchez, no entanto, não discorda de que está em andamento um incremento dos riscos sociais, derivados ou não do progresso tecnológico. Ademais, destaca que os efeitos negativos do referido incremento muitas vezes só serão sentidos no futuro, o que corrobora com um cenário de incertezas. Segundo o autor, o indivíduo afirma que “Estão nos matando”,

²⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 68-69.

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Coleção direito e ciências afins. v. 6. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 33.

²⁰² Ibidem. p. 41-46.

mas não se consegue ainda saber, com certeza, nem quem, nem como, nem a que ritmo.²⁰³

Silva Sánchez²⁰⁴ aduz que até mesmo os peritos admitem a impossibilidade de neutralizar completamente os riscos, sendo mais adequado voltar-se para o estabelecimento de balizas direcionadas à distribuição dos efeitos. Nesse sentido, a questão fulcral permaneceria nas decisões humanas, contudo não mais naquelas que fabricam novas ameaças, mas sim nas responsáveis pela distribuição das consequências advindas dos novos riscos sociais.

Todo esse contexto corrobora e dá causa ao processo expansivo do direito penal, cujo papel se consubstancia em gerir parcialmente as novas realidades e problemas sociais. Silva Sánchez²⁰⁵ vislumbra que essa expansão é concomitante a um retrocesso do ineficiente setor público, situação que, de acordo com o autor, levaria à delegação de atribuições ao setor privado. Além da privatização, inevitável para o autor espanhol, vislumbra-se também uma espécie de perda de formalidade do direito penal, em razão da urgência na formulação de respostas aos problemas sociais.

Ademais, esse processo também é acelerado pelas nuances relativas à sociedade de informação, na qual a mídia exerce um papel protagonista na formação e difusão de informações e opiniões. Hodiernamente, os meios de comunicação cooperam de maneira veemente com o controle social. Em uma perspectiva diversa da adota por Silva Sánchez, Budó²⁰⁶ aponta para a existência de um controle social formal, desempenhado pelas agências de controle penal (aparatos policiais, judiciários e penitenciários, por exemplo), o qual convive *pari passu* com um controle social informal. Os processos de etiquetamento inerentes a essa espécie de controle fundamentam a estigmatização intrínseca ao sistema penal (controle formal).

O controle social informal é realizado por diversos segmentos, desde organizações sociais, entre as quais se destacam a família, a escola e a religião, até

²⁰³ Ibidem. p.37-41.

²⁰⁴ Ibidem. p. 37-38.

²⁰⁵ Ibidem. p. 91-93.

²⁰⁶ BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*. Da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 39-40.

os meios de comunicação social. Esses controles destinam-se a selecionar entre os bons e os maus, os incluídos e os excluídos.²⁰⁷

Segundo a autora, crime e notícia são duas construções sociais, não possuindo um *status* ontológico. A mídia, por intermédio da elaboração do conteúdo da notícia, possui um papel protagonista na construção social do crime. Quanto mais o medo é difundido pelos meios de comunicação maior é o controle social perante aqueles aos quais o temor é dirigido. Destarte, restaria clarividente o papel legitimador da mídia em relação à adoção de políticas criminais nitidamente autoritárias.²⁰⁸

Budó²⁰⁹ considera que os meios de comunicação em massa possuem um lugar central no âmbito do controle social, embora constituam apenas uma das instâncias do controle informal. Essa conclusão mostra-se em consonância com a realidade empírica, uma vez que por intermédio da mídia o sistema penal é legitimado e fortalecido, em especial em virtude da propagação de um discurso sedutor de lei e ordem.

No entanto, é relevante trazer a lume a ressalva realizada por Vargas Llosa²¹⁰ de que um meio de comunicação não prescinde de um público. Sendo assim, no ambiente social denominado por ele de “civilização do espetáculo” o jornalismo, para sobreviver, precisa, em certa medida, adequar-se ao contexto do espetáculo, não sendo apto, portanto, a alterar solitariamente esse cenário espetaculoso, para cuja constituição os meios de comunicação contribuem de forma relevante.

O direito civil não possui mecanismos aptos a realizar a gestão dos riscos, nem tampouco para lhes mitigar a produção, apenas atuando no tocante à reparação e à prevenção de prejuízos, por meio, principalmente, do instituto do seguro. De outro lado, o direito administrativo também não se apresenta como um eficiente controlador dos riscos advindos do desenvolvimento científico. Seja pela ineficiência estatal ou pela reduzida carga intimidatória das penalidades previstas no âmbito administrativo esse aparato jurídico não logra êxito em solucionar as crescentes demandas por segurança.²¹¹

²⁰⁷ BUDÓ, Marília de Nardin. Op. cit. p. 39-40.

²⁰⁸ Ibidem. p. 106-107.

²⁰⁹ Ibidem. p. 116.

²¹⁰ VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 51.

²¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p.70.

Diante desse cenário, o clamor pela intensificação da intervenção penal se potencializa e tensiona o ambiente político, causando ruídos que dão azo a uma espécie de juridicização da opinião pública, que passa a influenciar a atuação do poder legislativo, orientando a política criminal.²¹²

Nesse contexto, vislumbra-se uma situação ao menos incongruente. O supracitado clamor pela intervenção do aparato penal não corresponde a uma concomitante ruptura com as estruturas econômicas hodiernas, ou seja, os centros produtores de riscos permanecem intocáveis. Em síntese, pleiteia-se pela extirpação dos riscos, porém não dos referenciais causais que lhes dão ensejo.²¹³

De acordo com Bottini,²¹⁴ esse “paradoxo do risco”, segundo o qual se pretende evitar a concretização de riscos sem, no entanto, abrir mão do atual sistema econômico, é o responsável pela ausência de clareza e parâmetros do direito penal, que, por sua vez, recorre ao emprego - cada vez mais constante - de instrumentos como a norma penal em branco e os bens jurídicos coletivos.

Em razão dessas peculiaridades, e conforme já salientado no presente trabalho, o direito penal desempenha uma função muitas vezes simbólica, amenizando a sensação de insegurança que permeia o corpo social. Destarte, resta clarividente a insuficiência do aparato penal no tocante ao desempenho do papel de gestor de riscos, pois essa tarefa não é possível de ser cumprida sem o sacrifício das bases do sistema econômico inerentes à sociedade do risco.²¹⁵

As mudanças referentes à postura política criminal ocorrem, primeiramente, no âmbito do Poder Legislativo. A produção legislativa direciona-se para os espaços de risco, espelhando as características a eles inerentes, tais como a ausência de determinação dos nexos causais e o alto grau de lesividade, dando azo, por exemplo, à previsão de incriminações mais genéricas, as quais não se limitam a buscar a proteção apenas de um indivíduo exposto concretamente a um determinado risco. Ademais, a complexidade dos riscos atuais requer do direito penal uma velocidade muito maior no que tange à verificação das condutas perigosas.²¹⁶

²¹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 71.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Ibidem. p. 72-73.

Um tipo penal fechado e resistente a modificações apresenta maior dificuldade nas tratativas de novas condutas ou situações de risco. Em razão disso, há uma tendência de ampliação de espécies típicas mais genéricas e que realizam remissões a regulamentações menos engessadas do que a legislação penal. Isso ocorre por intermédio da disseminação de normas penais contendo elementos típicos indeterminados e genéricos.

O direito penal da sociedade do risco dá azo a mudanças legislativas e, também, a produções dogmáticas. Estas visam adequar as novas realidades ao sistema jurídico penal, o qual é provocado a sofrer mutações em virtude dos novos âmbitos de atuação e das novas modalidades de criminalização primária. Esse esforço dogmático, para coadunar, ou rechaçar, com um direito penal do risco, depara-se com diversas dificuldades, especialmente no tocante à atribuição de um resultado a determinada conduta e a consequente responsabilização de um ou mais indivíduos. Os cursos causais não mais se resumem a naturalísticas que são explicadas em sua totalidade pela ciência. A liquidez das relações e a complexidade e velocidade inerentes à sociedade do risco corroboram com essa nuance, assim como com a dificuldade de verificação de autoria e participação, mormente no que tange aos âmbitos empresariais, permeados por cadeias causais extremamente complexas.²¹⁷

Esse contexto torna o direito penal mais amplo e com menos barreiras de imputação em razão da flexibilização de determinados princípios, tais como o da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade, no afã de que determinadas expectativas da sociedade sejam atendidas. Diante disso, nos próximos tópicos serão abordadas técnicas dogmáticas de antecipação da punibilidade, as quais se proliferaram no direito penal que vem sendo desenvolvido no âmbito da sociedade do risco.

3.4 A PROLIFERAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Para que uma conduta delitiva possa ser atribuída a alguém é necessária a identificação de um desvalor de ação, assim como de um desvalor de resultado. Quando o referencial do direito penal está calcado no bem jurídico, o resultado

²¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 74-76.

corresponde a uma aflição causada a esse bem. Esse resultado não necessariamente se traduz em uma espécie naturalística, ou seja, em um acontecimento que provoca uma alteração assimilável pelos sentidos. A lesão ou o perigo de lesão constituem o que se denomina de resultado jurídico.²¹⁸

Em determinados delitos o resultado naturalístico está disposto no âmbito da tipicidade formal, mas nem todos os tipos penais dizem respeito a situações nas quais a conduta e o resultado são destacados um do outro. De outro lado, o resultado jurídico não exige essa previsão expressa, sendo necessária, portanto, uma análise valorativa a respeito do bem jurídico ofendido, podendo consistir tão somente na violação do comando normativo, não sendo concretizado um resultado de viés ontológico.²¹⁹

Ou seja, para o resultado jurídico, o referencial importante é o bem jurídico e a lesão ou perigo de lesão a ele direcionado. Essa ofensa ao bem jurídico pode ser caracterizada pela efetiva lesão ou dano, ou, ainda, pelo perigo, o qual pode ser concreto ou abstrato. Este é presumido, ou seja, dispensa a efetiva demonstração de que o bem jurídico foi exposto a perigo, enquanto naquele a caracterização da consumação do delito exige que a exposição ao perigo seja provada.²²⁰

É justamente na definição de crime de perigo abstrato que reside o problema dessa espécie de crimes, pois há a proibição aliada à punição penal de determinado comportamento sem que sequer tenha havido a exposição de um bem jurídico a um perigo real ou concreto.²²¹

Bottini²²² aduz que o termo perigo deveria ser designado apenas para as situações tidas comumente como “perigo concreto”. Os casos penais que se enquadram como “perigo abstrato” deveriam ser denominados como delitos de risco ou delitos de periculosidade, uma vez que dizem respeito a condutas arriscadas, pois possuem um potencial lesivo que, todavia, não precisa ser concretizado para a subsunção ao tipo penal.

²¹⁸ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 316-318.

²¹⁹ Ibidem. p. 317-318.

²²⁰ Ibidem. p. 318. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p.87. “O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à conduta, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto”.

²²¹ GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 3.

²²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 89.

Ademais, ressalta-se que a doutrina vem constatando que alguns delitos se encaixariam melhor em uma figura híbrida denominada perigo abstrato-concreto. Esta espécie delitiva, cuja nomenclatura também pode ser de delito de periculosidade, de potencial lesivo ou de ação perigosa, por exemplo, não se satisfaz com a mera conduta do agente, mas também não exige a produção concreta de uma ameaça a determinado bem jurídico. Nessas hipóteses faz-se necessária a existência de um ambiente propício para a concreção de perigos, ou seja, a ação em análise deve possuir a capacidade de lesionar concretamente um bem jurídico, havendo, portanto, um dano potencial intermediário entre um perigo de caráter abstrato e um de viés concreto. Essa identificação é relevante em razão do adiantamento das barreiras de imputação causado pelos crimes de perigo abstrato.²²³

Dessa forma, vislumbra-se um adiantamento no que se refere à proteção dos bens jurídicos. Os delitos de perigo abstrato não visam à cominação de sanções a determinadas consequências, possuindo como objeto de referência a realização de uma conduta a qual se considera perigosa, sem a manifestação de um perigo real a um bem jurídico.

No contexto da sociedade do risco, dá-se azo a uma política criminal na qual os delitos de perigo abstrato possuem um papel fulcral no tocante ao sistema penal e ao modelo de cominação de pena. Esse incremento dos tipos penais de mera conduta visa a suprir a dificuldade existente em relação à complexa aferição de suposta lesão a um bem jurídico. Dessa forma, por meio da normatização de comportamentos promove-se uma redução no âmbito das condutas cujo risco é permitido.²²⁴

Sendo assim, aumentam as hipóteses de incriminações baseadas nas infrações de deveres de cuidado, assim como a utilização de outros instrumentos, tais como a norma penal em branco, em razão do desejo de tutela dos centros de produção dos riscos tecnológicos. A supracitada redução dos espaços de riscos permitidos diminuiria a possibilidade de incidência do fator “azar”, pois o bem jurídico

²²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 90,91 e BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. p. 318-319.

²²⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p.132.

não seria sequer colocado efetivamente em perigo sem que como consequência houvesse a incidência da norma penal.²²⁵

A projeção *sui generis* dos eventos relativos aos riscos tecnológicos assim como a complexa e de difícil identificação relação de causalidade corroboram com a antecipação da incidência do aparato penal.²²⁶ Esse cenário traz implicações também no que tange ao processo penal. Por exemplo, a prova a ser produzida em relação às incriminações de mera conduta consubstancia-se no plano dos fatos, ou seja, na verificação ou não do comportamento descrito pela norma penal cuja elaboração atribui-se ao legislador. Destarte, facilita-se a atuação do aplicador direito, corroborando-se para um sistema penal preventivo o qual poderá ser manejado para corresponder às expectativas sociais permeadas por um sentimento de confiança.²²⁷

A difusão dos crimes de perigo abstrato possui íntima ligação com o imenso potencial lesivo de determinadas atividades difundidas no âmbito da sociedade do risco. Nesse cenário de altíssima periculosidade, visa-se impedir a incidência dos resultados lesivos uma vez que as consequências podem ser devastadoras. Dessa maneira, o direito penal volta-se, em grande medida, a controlar condutas a fim de gerir riscos e não mais simplesmente reprimir os resultados derivados das ações humanas. Isso corrobora com a utilização de técnicas de antecipação de punibilidade que sedimentam um direito penal de viés preventivo.²²⁸ Sendo assim, os delitos de perigo abstrato se adaptam muito bem em uma estratégia preventiva de repressão de condutas perigosas e não de resultados lesivos.

Nessas espécies delitivas, o perigo se traduz na *ratio legis*, ou seja, a inspiração que conduz o legislador a criar crimes de perigo abstrato, uma vez que as condutas tipificadas implicam um perigo a determinado bem jurídico; todavia, esse perigo não é um elemento do tipo, sendo o delito consumado ainda que o perigo não tenha sido vislumbrado no plano concreto do fato analisado. O conceito de perigo possui caráter normativo formado a partir da observância das circunstâncias relativas ao caso concreto e os cursos causais existentes em determinado tempo e

²²⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 132.

²²⁶ Ibidem. p.132-133.

²²⁷ Idem.

²²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 92.

espaço. Dessa forma, no que tange aos delitos de perigo abstrato, ocorre um juízo de valor *ex ante*, cujas definições variam em razão da política criminal adotada.²²⁹

A modalidade perigo concreto destoa da espécie analisada neste tópico, pois exige a constatação empírica do perigo para que o crime seja tido como consumado, ou seja, necessita-se da ocorrência de um resultado, ainda que seja de perigo.²³⁰

Essa racionalidade preventiva e de criminalização do perigo, aliada a uma política criminal antecipatória da intervenção penal, correspondem a uma tática de propiciar segurança face aos novos riscos, havendo sinais de que essa estratégia, assim como todo o direito penal do risco, está calcada no princípio da precaução. Ou seja, antecipa-se a ocorrência dos danos por intermédio de evidências e suspeitas não comprovadas cientificamente, até porque se presencia uma sociedade das incertezas, inclusive no tocante aos conhecimentos científicos. Essa tendência político-criminal abandona, ainda que parcialmente, os conhecimentos científicos a respeito dos cursos causais em prol de probabilidades e estatísticas direcionadas às incertezas da sociedade do risco.²³¹

Nessa conjuntura, outras técnicas que se proliferaram são as incriminações referentes aos delitos culposos e aos crimes omissivos, especialmente os omissivos impróprios.²³² Há um crescimento da previsão de garantes que devem atuar no sentido de evitar a concretização do crime. Sendo assim, há uma ampliação no que diz respeito à normatização de expectativas de comportamentos por meio de dispositivos penais e extrapenais. Vários segmentos sociais passaram a ser regulamentados no âmbito da sociedade do risco a fim de que uma teia de segurança e vigilância pudesse se expandir visando evitar a ocorrência de danos oriundos de fenômenos e cursos causais imprevisíveis.

A normativa de caráter não penal ganha nessas espécies delitivas - crimes omissivos e culposos - um protagonismo, pois uma série de deveres e cuidados necessários não são disciplinados por leis penais, conjugando-se a esses crimes a técnica da remissão por meio da utilização das normas penais em branco, por exemplo.²³³

²²⁹ CERESO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 10 (2002), p.47-48.

²³⁰ Ibidem. p. 47-48;52.

²³¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p.136-137.

²³² Ibidem. p.138-141.

²³³ Ibidem. p.140-141.

De acordo com o escólio de Bottini,²³⁴ o princípio da intervenção mínima não seria necessariamente violado em todas as hipóteses de utilização da técnica legislativa do perigo abstrato. Para o autor, é necessário realizar uma antecipação da tutela penal a fim de que os riscos da sociedade global possam ser em determinada medida protegidos pelo direito penal. As ameaças, potenciais ou reais, merecem tutela penal, uma vez que a conduta em si, e não somente o resultado naturalístico, agregam legitimidade à repressão penal. Contudo, é imperioso ressaltar que a essa antecipação da tutela devem ser impostos limites, a fim de que o Estado não se exceda no controle social.

Em uma doutrina consonante com o direito penal mínimo há uma tendência de negar-se, de plano, a constitucionalidade ou a legitimidade dos tipos penais em que a técnica do perigo abstrato é manejada. Esse adiantamento da punibilidade deve ser de alguma maneira compensado por outros elementos, todavia a negação total dessa espécie de crime não se mostra adequada, até porque, em grande parte das mais recentes hipóteses de incriminação os cursos causais são incertos, corroborando com uma espécie de anonimato dos autores das condutas, o que dá ensejo à necessidade de utilização de técnicas visando à supracitada antecipação da intervenção penal.²³⁵

Greco²³⁶ também crítica uma posição de negação dos crimes de perigo abstrato, pois não vislumbra uma inconstitucionalidade *in totum*, a qual se estruturaria sob o argumento de uma ofensa pressuposta ao princípio da lesividade. Ademais, a problemática relativa aos delitos de perigo abstrato não possui muita ligação com a temática do bem jurídico; a aferição da legitimidade dos tipos penais nos quais essa técnica legislativa é utilizada advém de uma análise da estrutura do delito e não tão somente da questão em torno do bem jurídico.

Ou seja, a questão em tela não diz respeito aos bens aos quais o direito penal deve direcionar a sua atuação, mas sim à maneira como a intervenção penal ocorrerá. O bem jurídico “vida”, por exemplo, é protegido por tipos penais de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato. O critério distintivo de aferição de

²³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p.130.

²³⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. p. 319.

²³⁶ GRECO, Luís. Op. cit. p.97.

legitimidade seria a espécie do perigo, uma vez que se o delito fosse enquadrado como de “perigo concreto” haveria legitimidade na incriminação.²³⁷

Segundo o escólio de Greco,²³⁸ as críticas lançadas à categoria “perigo abstrato”, via de regra, advêm de autores que utilizam um conceito de perigo concreto muito amplo. Dessa forma, diversos tipos penais aos quais a doutrina majoritária atribui o caráter de perigo abstrato são classificados como de perigo concreto ou de perigo concreto indireto. Sendo assim, é imprescindível que os críticos da modalidade abstrata conceituem o perigo concreto, sob pena de esvaziamento da crítica lançada a essa técnica legislativa típica das novas incriminações. Diante do exposto, haveria uma crítica simplesmente aparente, ou simbólica, caso fosse empregada uma definição imprecisa de perigo concreto. A solução estaria na produção de critérios aptos a legitimar os delitos de perigo abstrato.

Outra técnica bastante utilizada no direito penal inserido no ambiente social do risco diz respeito às normas penais em branco. O próximo tópico se destinará a expor esse mecanismo e a problematizá-lo, em razão, principalmente, das tensões que ele acarreta a determinados princípios, ao flexibilizá-los.

3.5 NORMAS PENAIS EM BRANCO

No ambiente da sociedade do risco global, em que se percebe uma expansão do direito penal é corriqueira a utilização das normas penais em branco, pois os novos setores regulados pelo aparato penal possuem uma complexidade exacerbada e que, por conseguinte, não é esgotada pelo tipo penal. Ademais, a velocidade das transformações e das atualizações no mundo hodierno corrobora com a utilização dessa técnica, a qual acrescenta ao direito penal dinamismo e capacidade de oferecer respostas mais céleres aos temas da ordem do dia, visto que as modificações em regulações extrapenais são mais céleres.²³⁹

As normas penais em branco visam ao preenchimento de lacunas que não podem ser preenchidas pelo tipo penal, uma vez que a figura típica não consegue prever todas as condições necessárias às próprias viabilidade e eficácia.

²³⁷ GRECO, Luís. Op. cit. p. 99-101.

²³⁸ Ibidem. p. 101.

²³⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 41.

Comumente, o dispositivo penal faz uma previsão mais genérica a qual será complementada por determinados conceitos técnicos dispostos em outro dispositivo, legal, ou não.²⁴⁰

Por intermédio da norma penal em branco uma determinada tipificação penal remete, por exemplo, a outra do mesmo diploma legal, a outra lei de mesma hierarquia, ou então a outra regulamentação, mesmo que de caráter administrativo, a fim de que o conteúdo do preceito principal seja complementado. Ou seja, trata-se de dispositivos penais não completos em si próprios, os quais buscam complementação em outro preceito.²⁴¹

Essa técnica legislativa dá azo a tensões que afetam o princípio da legalidade, especialmente quando a remissão se direciona a dispositivos de hierarquia inferior, os quais, às vezes, sequer são oriundos do Poder Legislativo. Quanto maiores as lacunas a serem preenchidas por normativas extrapenais, maior será o esforço hermenêutico a ser despendido e, por conseguinte, ampliar-se-á a dificuldade no que tange ao processo de compreensão do tipo penal, cujo nível de incerteza aumentará e poderá torná-lo ilegítimo sob o ponto de vista das garantias penais.²⁴²

Tendo em vista o princípio da legalidade, verifica-se que os tipos penais e as sanções deles derivadas tão somente podem ser dispostos por meio de lei. Sendo assim, a delegação da conceituação de determinado crime - ainda que parcialmente - à administração constitui uma violação, ou ao menos uma fissura em relação ao princípio em tela. Uma das nuances derivadas do princípio da legalidade diz respeito à certeza, ou seja, o tipo penal deve expressar de forma clara e precisa as vicissitudes e consequências que lhe digam respeito, a fim de que não haja surpresa para o acusado. Com efeito, conceitos amplos, vagos e, portanto, imprecisos colidem com o princípio da legalidade, dado que este exige do dispositivo penal clareza e determinação taxativa.²⁴³

Machado,²⁴⁴ também salienta as tensões ao princípio da legalidade derivadas do manejo das normas penais em branco. A autora destaca que a criminalização de determinados comportamentos possui como protagonistas as normas de direito

²⁴⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit. p.40.

²⁴¹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. p. 180.

²⁴² Ibidem. p. 181.

²⁴³ Idem. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 173.

²⁴⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 172.

administrativo, com a lei penal em segundo plano. Essa violação ou fissura é ainda mais acentuada quando o complemento da norma é preenchido por técnicos em razão de se tratar de conhecimento técnico ou científico. Ademais, a complementação ao tipo penal derivada de dispositivo não legal implica tensões em relação ao postulado da reserva legal.

Ocorre que se vive atualmente em tempos líquidos, nos quais nada foi feito para durar e em que a incerteza é uma das poucas certezas que se possui, por mais paradoxal que essa frase possa parecer.²⁴⁵ As alterações são constantes, tanto no tempo, quanto no espaço, e a velocidade em que elas ocorrem também merece destaque, pois inviabiliza um diagnóstico preciso dos acontecimentos e das relações humanas.

É imperioso destacar a ocorrência de uma aproximação entre o direito penal e o direito administrativo, em razão da qual os limites entre esses dois âmbitos jurídicos restam cada vez mais tênues. Ademais, intensifica-se a acessoriedade prestada pelo aparato penal ao direito administrativo, por intermédio da qual a regulamentação administrativa é potencializada pelo direito penal, especialmente no que tange aos bens jurídicos supraindividuais. Essa acessoriedade corroborou com a amplificação do uso das normas penais em branco, mormente aquelas cujo complemento é de natureza extrapenal.²⁴⁶

No cenário mundial do risco, a norma penal comina sanções a violações de dispositivos administrativos, vez que a complexidade das novas relações sociais não é satisfatoriamente disciplinada pela tipificação penal. Há um rol bastante extenso de condutas aptas a ensejar riscos e lesões a bens jurídicos, sendo inviável a elaboração de uma síntese conceitual geral no tipo penal. Dessa forma, e visando-se evitar também uma casuística exagerada, recorre-se à norma penal em branco. Além disso, as mudanças e atualizações oriundas do progresso científico são mais bem absorvidas pelo regramento administrativo em razão da maior rigidez e estabilidade do aparato penal.²⁴⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, vislumbra-se uma ampla difusão da norma penal em branco no tocante aos delitos ambientais, por meio dos quais se tipificam

²⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7.

²⁴⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. p. 170-171. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit. p. 41-42.

²⁴⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 171.

infrações a normas de caráter administrativo e ambiental. A utilização da remissão estaria legitimada, nessa seara, em virtude das inúmeras formas por meio das quais é possível lesar o bem jurídico meio ambiente.²⁴⁸

A difusão de uma política criminal de ampliação da criminalização, no âmbito do qual o direito penal é parcialmente desnaturalizado em detrimento do princípio da *ultima ratio* é o ambiente em que se observa uma justaposição entre o direito administrativo e o direito penal. As fronteiras entre esses dois aparatos jurídicos se diluem com um consequente aumento das áreas de intersecção. Esse fenômeno pode ser denominado de administrativização do direito penal, pois na sociedade de risco se exige do aparato penal a efetivação da gestão de diversos riscos e conflitos sociais.²⁴⁹

Nesse contexto, o direito penal estaria regulando mais segmentos sociais do que lhe seria recomendado tendo-se em vista as limitações inerentes a esse instrumento. Por isso, e a fim de se adaptar às novas realidades, vislumbra-se uma tendência de privatização e de administrativização do direito penal, nuances que desnaturalizam as estruturas essenciais dessa área jurídica.

Diante desse novo contexto social, político-criminal e dogmático-penal, a doutrina vem se empenhando a fim de construir estruturas que solidifiquem a fluidez do atual direito penal. O tópico a seguir apresentará, resumidamente, essa conjuntura, na qual se vislumbra a tentativa de solidificação de pontos de referência.

3.6 A CONSTRUÇÃO DE PONTOS DE REFERÊNCIA NO ÂMBITO DE UM DIREITO PENAL "LÍQUIDO"

Diante desse cenário, Silva Sánchez²⁵⁰ assevera que um direito penal liberal, direcionado de modo preponderante a interesses personalistas e ao patrimônio, e no qual há uma rígida observância de garantias, seria caracterizado por uma anacronia aliada a uma ucronia, em razão do descompasso entre o supracitado modelo e as vicissitudes do cenário social hodierno.

²⁴⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 172.

²⁴⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO. *Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco"*. Notas sobre a política criminal no início do século XXI in Revista Liberdades, nº 7, maio-agosto, 2011. p.1. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=84

²⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p.177.

O autor vislumbra uma tendência de flexibilização das garantias e das regras de imputação, assim como a cominação de penas de prisão não tão exacerbadas, mormente no tocante aos delitos a que ele atribui a denominação de “adminsitrativizados”, que configuram justamente o novo campo de atuação do aparato penal. Silva-Sánchez²⁵¹ não corrobora com o retorno dos novos bens jurídicos penais à tutela do direito administrativo. O autor espanhol tem como premissa a proporcionalidade entre a gravidade das penalidades e as garantias que permeiam um determinado sistema jurídico. Ademais, defende a prescindibilidade da adoção das mesmas garantias em todo o campo de aplicação do direito penal, por exemplo, desde que as sanções aplicadas sejam também distintas e razoáveis.²⁵²

Nesse sentido, o principal óbice ao fenômeno expansionista não residiria na ampliação do direito penal em si, mas na crescente cominação e recrudescimento da pena privativa de liberdade. Aliado a isso, destaca-se o fato de que o aumento do âmbito de atuação penal parece irreversível, e o direito penal de cunho clássico mostra-se inadequado para efetuar o controle das novas situações fáticas a ele direcionadas, especialmente por ter como pressuposto básico a pena de prisão. O direito penal moderno deve ter um viés mais regulatório e dispor de um rol mais diversificado de possibilidades de sanções, as quais deem azo a privações de direitos e reparações de caráter econômico.²⁵³

Por conseguinte, Silva Sánchez²⁵⁴ propõe um modelo dualista de sistema penal, o qual denomina de direito penal de duas velocidades. Essa espécie seria um meio termo entre um aparato penal abrangente e flexível, ou seja, um *soft law* não desejado, e um direito penal minimalista e garantista. O autor aduz que a sociedade hodierna não admite e não coaduna com um direito penal mínimo, mas, apesar disso, não é necessário posicionar-se no extremo oposto do direito penal máximo.

Em síntese, o autor espanhol defende um direito penal dividido em dois braços distintos. Um deles direcionado ao núcleo duro (direito penal clássico), em relação ao qual se aplicaria corriqueiramente a pena de prisão. O outro braço, por sua vez, seria direcionado às mais recentes incriminações que compõem o direito penal econômico. Nesse âmbito, as garantias, os princípios e os mecanismos de

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 177-179

²⁵² Ibidem. p. 179-180.

²⁵³ Ibidem. p. 184-185.

²⁵⁴ Ibidem. p. 188-190.

imputação seriam flexibilizados e, conseqüentemente, as sanções se tornariam mais brandas, afastando-se, desde logo, a possibilidade de pena privativa de prisão.²⁵⁵

Cerezo Mir²⁵⁶ reputa como inaceitável o modelo de sistema penal proposto por Silva Sánchez, destacando que, sob a influência de Jakobs o autor espanhol propôs até mesmo uma terceira velocidade a qual corresponderia a uma espécie de direito penal do inimigo, direcionado, a princípio, à criminalidade organizada e aos terroristas. Contudo, independentemente da espécie de pena, o mais importante seria a imposição de uma sanção de caráter penal; isso, por si só, já deve exigir a observância de determinados limites que não podem ser flexibilizados e mitigados em razão de diversas “velocidades”.

Deve-se desconfiar de um modelo de caráter dualista, pois nesse ambiente se mostra mais propícia a ocorrência de uma seletividade em relação às condutas e às pessoas que serão submetidas a cada sistema penal. O direito penal já possui um grande ranço seletivo, não sendo aconselhável a adoção de dualismos que estimulam o desenvolvimento de preceitos estigmatizantes.

Hassemer²⁵⁷ propõe um modelo diverso do apresentado por Silva Sánchez, uma vez que não adota um direito penal dualista, ou diferenciado em velocidades. O autor alemão defende a criação de um direito da intervenção, o qual estaria situado entre o direito penal e o direito administrativo, não sendo confundido com nenhum desses dois segmentos jurídicos, estaria no meio do caminho entre o direito civil e o direito público.

Nesse aparato jurídico as garantias e aspectos formais processuais seriam mais brandos em comparação com o direito penal. Visando-se à proporcionalidade e à coerência, as sanções disponíveis nesse direito da intervenção não seriam tão rigorosas. Esse mecanismo, segundo Hassemer,²⁵⁸ teria maior aptidão para resolver os problemas concernentes a uma sociedade moderna. Além disso, não seriam tecidas as mesmas críticas que são direcionadas ao direito penal.

Dessa forma, haveria intervenção penal em relação aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal clássico. Os novos âmbitos de atuação, que em um primeiro momento receberam tutela penal, seriam objeto do direito de intervenção.

²⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 190-192.

²⁵⁶ CEREZO MIR, José. Op. cit. p. 59-60.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de La imputación en Derecho Penal* p. 72.

²⁵⁸ Idem.

Sendo assim, resta clarividente que o autor alemão não nega a existência dos novos desafios trazidos a lume pela sociedade do risco. Todavia, ele não crê na efetividade penal para gerir esses riscos. Além disso, o incremento da intervenção penal dá azo à violação do princípio da intervenção mínima. A política criminal que permeia o moderno direito penal dá ensejo ao aumento da potência, assim como a flexibilizações desse aparato jurídico. Por conseguinte, as possibilidades de defesa são mitigadas.²⁵⁹

Hassemer²⁶⁰ é um defensor da manutenção das garantias e dos princípios basilares do direito penal, mormente em prol das pessoas que compõem o sistema social. O autor alemão defende a busca por uma alternativa com maior aptidão para solucionar as demandas sociais atuais e futuras. No presente e em um futuro próximo, o clamor pela resposta penal perseverará em razão da percepção social dos riscos advindos do progresso tecnológico. Portanto, faz-se imprescindível a apresentação de uma outra opção que possa satisfazer a avidez por prevenção de danos, a fim de que sejam retiradas do direito penal as tarefas cuja execução ele não está apto a realizar eficazmente.

Contudo, conforme alude Cerezo Mir²⁶¹ não é possível retornar ao século XIX, tampouco restringir o direito penal tão somente a um núcleo central composto de bens jurídicos de caráter individual, uma vez que não é possível ignorar que o contexto social atual não corresponde ao estado liberal que inspirou o direito penal clássico. Portanto, se de um lado a fragmentação do direito penal em diversas velocidades mostra-se como uma ampliação desarrazoada do direito penal, de outro é importante salientar que o direito penal não pode simplesmente se eximir em relação aos desafios lançados pela sociedade do risco, ainda que isso implique a construção de novas estruturas e a busca pelo desenvolvimento de conhecimentos ainda não sedimentados.²⁶²

O modo de produção hodierno é sedimentando no ideal de constante desenvolvimento, de criação e satisfação de necessidades as quais se atualizam frequentemente. O foco reside na acumulação de riquezas e no consumismo

²⁵⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Trad. Enrique Anarte Borallo. Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/12>. p. 37.

²⁶⁰ Ibidem. p. 40.

²⁶¹ CEREZO MIR, José. Op cit. p. 56.

²⁶² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit. p.44. FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO. *Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco"*. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. p. 7.

desenfreado, nuances que se confundem com felicidade e sucesso. Os temas que ingressaram no âmbito penal, por intermédio de novas incriminações, não visam à problematização do cenário em tela, mas, pelo contrário, possuem como objetivo a manutenção desse sistema.²⁶³

A antecipação das barreiras da imputação ou o adiantamento da intervenção penal é produto das adaptações que o direito penal vem realizando, por meio da política criminal e da dogmática penal, a fim de acompanhar as exigências oriundas das peculiaridades advindas da sociedade do risco. Esse é um processo ainda em condução, sendo que alguns pontos de referência vêm sendo relativizados, tais como o princípio da legalidade e o princípio da intervenção mínima.

Essa perda dos referenciais é uma constante no sistema social vigente, assim como a imprecisão e a incerteza, duas vicissitudes que afetam a sociedade como um todo e, por isso, também implicam tensões em relação ao direito penal, o qual em certa medida torna-se líquido e menos palpável a fim de atender a dinâmica e a velocidade das relações desenvolvidas no mundo globalizado. Este ramo do direito, por ser o mais invasivo em relação aos indivíduos, exige um patamar de certeza superior em comparação com os outros mecanismos jurídicos. Todavia, técnicas como a norma penal em branco, os delitos de perigo abstrato e os bens jurídicos coletivos, em razão da maior abstração e da referência a normativos extrapenais corroboram com o incremento de incerteza em relação à intervenção penal.²⁶⁴

Verifica-se, portanto, uma espécie de reflexividade no âmbito do direito penal, pois ocorre uma autoconfrontação entre as novas técnicas de imputação e criminalização e os princípios clássicos do sistema penal. *Mutatis mutandis* é possível realizar um paralelo com a autoconfrontação entre a primeira modernidade e a modernidade reflexiva, nos termos da teoria de Beck.²⁶⁵ Não se pode, no entanto, permitir a perda por completo dos principais referenciais do direito penal, tampouco coadunar com uma flexibilização excessiva, pois uma desincorporação das bases do direito penal transformá-lo-ia em outro instrumento, ao qual não seria adequado chamar de direito penal.

²⁶³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Op. cit. p. 47.

²⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. p. 7.

²⁶⁵ BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. p. 14-22.

As normas penais em branco, os crimes de perigo abstrato, os bens jurídicos coletivos, as incriminações culposas e omissivas impróprias, por si só não são inconstitucionais e não possuem como pressuposto necessário a violação de uma garantia imprescindível à consecução de um direito penal de caráter mínimo. É importante salientar, contudo, que a utilização conjunta dessas técnicas de imputação, ou de criminalização, pode acarretar violações graves aos princípios fundamentais do direito penal. Quanto mais desses instrumentos forem utilizados maior será o adiantamento da intervenção penal, a qual poderá se consubstanciar como ilegítima, pois ocorrendo em momento muito prematuro, em que não seja possível vislumbrar sequer um perigo relevante ao bem jurídico ao qual a norma penal faz referência.

É fundamental preservar a identidade do direito penal, mantendo o caráter de *ultima ratio*, pois uma inflação penal, além de outras consequências, sobrecarregará esse instrumento e o impedirá de ser efetivo em qualquer missão que lhe seja incumbida, legítima, ou não. A flexibilização de alguns pressupostos, se exacerbada, implicará a desnaturalização de pressupostos penais imprescindíveis.²⁶⁶

Por conseguinte, é necessário equilibrar esse processo de autoconfrontação do direito penal, por intermédio de critérios que possam barrar um adiantamento excessivo e ilegítimo da punibilidade estatal. No próximo capítulo será debatido um referencial que pode desempenhar, ao menos parcialmente, essa tarefa: o bem jurídico. Esse mecanismo é apto não apenas a justificar a intervenção penal, como a limitá-la por meio de um recorte ou filtro.

²⁶⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p. 92-97.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DO REFERENCIAL BEM JURÍDICO PARA A CONSECUÇÃO DE UM DIREITO PENAL EQUILIBRADO

O capítulo a seguir buscará colaborar com os debates a respeito do bem jurídico. Defender-se-á uma teoria do delito no âmbito da qual a função do direito penal seja a efetivação do controle social a partir da repressão das lesões intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes. Estes, por sua vez, consubstanciam-se como um referencial imprescindível para a consecução de um direito penal que observe o princípio da intervenção mínima, uma vez que a dimensão material do delito apenas se preenche em razão de uma ofensa concreta ao bem tutelado pela norma penal. Muitas são as críticas direcionadas ao referencial em apreço e é possível optar-se por outra espécie de teoria do delito, nuances que serão apontadas com propósito de que o debate a respeito da temática em tela seja mais produtivo.

4.1 O BEM JURÍDICO, A VIGÊNCIA DA NORMA E A DIMENSÃO MATERIAL DO DELITO

Primeiramente, é imperioso ressaltar que alguns autores não trabalham com a teoria do bem jurídico. Há alternativas, entre as quais é possível destacar o modelo teórico proposto por Jakobs.²⁶⁷ A teoria do delito de autoria do professor alemão funcionaliza o direito penal a partir do entendimento de que o aparato jurídico em tela possui como função a tutela da vigência da norma. Dessa forma, esse passa a ser o referencial a partir do qual será estabelecida a teoria do delito, abandonando-se, por conseguinte, o bem jurídico, como pilar fundamental.

Destarte, o aparato penal proporciona a gestão das expectativas normativas, servindo de garantia a que não ocorram lesões a bens jurídicos, contudo esse é um efeito secundário.²⁶⁸ Para o autor alemão as pessoas desempenham papéis e,

²⁶⁷ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. P. 174-177; HASSEMER, Winfried, *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 15-17.

²⁶⁸ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 161-162.

portanto, uma conduta deve ser analisada tendo-se em vista essa circunstância, cuja fixação é realizada pela norma que regula o ambiente em que o indivíduo está inserido. Segundo Jakobs,²⁶⁹ não há uma fronteira fixa entre a lesão a um bem jurídico e uma imoralidade. De acordo com o principal expoente da teoria delito denominada de funcionalismo sistêmico o fato delitivo seria uma lesão à vigência da norma e a pena configuraria a eliminação dessa lesão.

Alcácer Guirao²⁷⁰ argumenta que por meio da perspectiva formal da antijuridicidade se contempla o delito exclusivamente como contrariedade à norma. Esse prisma resta insuficiente no que tange à análise das vicissitudes relativas à complexidade da teoria do delito, pois, por exemplo, a partir do aspecto meramente formal não é viável a ponderação entre as diferenças qualitativas extraídas das condutas, dando ensejo a conclusões desproporcionais.

De acordo com Feijoo Sánchez,²⁷¹ o a teoria funcionalista de Jakobs opera um reducionismo em relação ao direito penal, pois concede à dogmática o papel de protagonista único em detrimento do campo político-criminal. Na concepção do autor espanhol isso representa uma perda do rendimento da teoria de Jakobs, pois o processo de criminalização primária, assim como a política criminal e a racionalidade que a orienta, podem ser questionados e otimizados com o propósito de consecução de um direito penal mais razoável.

Nesse diapasão, tendo como pressuposto a noção material do injusto seria possível efetivar a realização da supracitada graduação dos níveis de ofensa de determinadas ações, justamente por ser observado o preceito da lesividade da conduta. Isso não ocorreria no tocante a condutas que atentam contra bens jurídicos distintos; pois essa atividade é realizada no âmbito da criminalização primária, mas sim em relação a condutas que ofendem a mesma norma e o mesmo bem ao qual o dispositivo normativo se refere. A análise em apreço guarda íntima relação com as diferenças entre o desvalor de ação e o desvalor de resultado, visando-se a uma aplicação proporcional e razoável da sanção penal.²⁷²

²⁶⁹ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* p. 177.

²⁷⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003. p.20-22; 26.

²⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminas vol.100/2013. p. 95-97.

²⁷² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. cit. p. 26-27.

Além disso, um conceito material do injusto apresenta-se como um instrumento útil de interpretação dos tipos legais. Especialmente por conectar os fins do direito penal com as consequências desse mecanismo jurídico. Dessa forma, haveria uma aproximação da finalidade do direito penal com os fins da pena. Isso parece muito lógico e coerente, pois o direito penal e o processo penal produzem pena e, portanto, a coerência impele que a finalidade da sanção coadune com os fins do sistema penal.²⁷³

Alcácer Guirao²⁷⁴ manifesta-se no sentido de que a noção material de fato punível, no âmbito da qual estaria localizada a antijuridicidade material, não apenas pode, como deve ser um dos pilares da construção do sistema dogmático do delito, não havendo uma barreira entre o campo político-criminal e a dogmática. Ademais, dentro da própria dogmática deve ser incorporado o viés crítico ao direito penal vigente, pois ela será concomitantemente crítica e criadora do direito. Isso procederá não somente a partir de uma interpretação concreta dos tipos legais em função de postulados valorativos, assumindo um caráter aberto e com maleabilidade semântica dos textos legais, mas também por meio de uma argumentação *lege ferenda*.

O autor não considera que o conceito material de delito como lesão de vigência da norma, o qual coaduna com a teoria de Jakobs, seja uma ferramenta adequada. Nem no aspecto político criminal, tampouco no tocante à dogmática, porque se afasta de uma noção material de delito. Dessa forma, Alcácer Guirao²⁷⁵ defende a manutenção do conceito de delito como lesão a bem jurídico, sendo este apto tanto para proporcionar diretrizes limitadoras ao trabalho do legislador, no âmbito da criminalização primária, quanto para propiciar margens de racionalidade, segurança jurídica e justiça na aplicação das normas penais.

Em que pese à exposição acima sintetizada, o presente trabalho situar-se-á a partir de um posicionamento que refuta um sistema que vise à manutenção de si mesmo, ou seja, um direito penal que tenha como objetivo a estabilização da vigência das próprias normas e das expectativas normativas, pois este não se mostra capaz de trazer respostas satisfatórias aos desafios lançados pela sociedade do risco. Ademais, um modelo fechado de teoria do delito está suscetível a ser

²⁷³ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Op. cit. p. 28-29.

²⁷⁴ Ibidem. p. 29.

²⁷⁵ Ibidem. p.121.

asfixiado de dentro para fora, em razão da ausência, ou reduzida quantidade, de diálogo com as estruturas sociais externas ao sistema.

Ainda nesse diapasão, é mister salientar que uma teoria do delito extremamente normativa pode dar ensejo a um sistema penal autoritário, a depender das inspirações e aspirações advindas dos responsáveis pela elaboração e pela promulgação dos dispositivos legais. O direito penal caracterizado pela função de proteção dos bens jurídicos mais importantes aos indivíduos mostra-se uma opção mais condizente com uma realidade democrática, em que são observados os preceitos da intervenção mínima e da *ultima ratio*. A fim de dar-se seguimento à discussão a respeito do bem jurídico, o tópico a seguir tratará das questões derivadas das tentativas de formulação de um conceito desse instrumental.

4.2 A CONCEITUAÇÃO DO REFERENCIAL BEM JURÍDICO

A conceituação do bem jurídico é uma faceta em relação à qual também são dirigidas algumas críticas, entre elas destaca-se a referente ao teor, a princípio, abstrato, ou até mesmo vago, do instrumental em análise. Hassemer²⁷⁶ verifica que o direito penal criminalizou, nos últimos anos, uma série de delitos de vítima diluída, entre os quais se podem destacar questões referentes à economia, ao meio ambiente e às drogas. Devido a isso, é possível constatar um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade. Ademais, o autor ressalta que o bem jurídico pode servir de critério de retificação da política criminal quando for solidamente descrito, contudo, hodiernamente verifica-se uma imprecisão conceitual em relação a esse referencial.

Hassemer²⁷⁷ é defensor de uma definição pessoal de bem jurídico, conceituando esse elemento como sendo composto por interesses humanos que carecem de proteção penal. O autor salienta que essa opção não exclui a totalidade de bens jurídicos coletivos, contudo essa espécie deve estar consonante com uma funcionalização desses bens a partir da pessoa humana. Esse *modus operandi* seria imprescindível para que o direito penal atue como *ultima ratio* de intervenção jurídica.

²⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 18-19.

²⁷⁷ Ibidem p. 20-22.

Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser seletivo e nítido, pois diz respeito aos limites à intervenção em relação à liberdade de atuação humana, ou seja, configura-se como um conceito protetor da liberdade e, por isso, exige diferenciações precisas no tocante aos objetos e denominações próximas aos fatos. Ademais, para Hassemer²⁷⁸ o conceito de bem jurídico deve ser compreensível, facilitando, com isso, o controle a ser exercido sobre o legislador, a fim de que esse instrumental limite o direito penal ao invés de ser mola propulsora da expansão desse aparato jurídico.

O objetivo do autor alemão seria evitar conceitos amplos e vagos os quais poderiam ser preenchidos da maneira como fosso conveniente à época em que fosse realizada a interpretação dos fatos.

Schünemann²⁷⁹ argumenta que o bem jurídico deve continuar ocupando uma posição central no bojo da dogmática-penal, uma vez que representa a “pedra angular” no pensamento liberal e, com isso, da justiça. Para o autor, o princípio de proteção dos bens jurídicos não seria apto a exercer uma função construtiva no processo de interpretação dos tipos penais caso se limitasse a um conceito vazio de conteúdo. Schünemann,²⁸⁰ inspirado pela filosofia da linguagem, não propõe um conceito fechado de bem jurídico, pelo contrário, compreende esse instrumental como uma diretriz normativa.

Hefendehl²⁸¹ aponta que o bem jurídico vem sendo “torturado”, uma vez que se exige dele algo que ele não é capaz de cumprir. O autor aduz que não é possível uma formulação precisa do conceito de bem jurídico e, portanto, sempre haverá um espaço para posterior reflexão²⁸². O autor destaca, ainda, que a imprescindibilidade

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried. *¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

²⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación.* p. 200 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

²⁸⁰ Ibidem. p. 202-203.

²⁸¹ HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde La aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 461-462.

²⁸² SCÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 56; HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal.* in GRECO, Luís;

do bem jurídico como elemento crítico e limitador do direito penal cresceu nos últimos anos em virtude do avanço do rigor penal em algumas áreas, como, por exemplo, a criminalidade organizada.

Além disso, no âmbito da sociedade de risco clama-se pela não concretização das ameaças e dos perigos e por isso pleiteia-se por um controle penal antecipado. Também nesse ponto, Hefendehl²⁸³ destaca o papel do bem jurídico, o qual deve ser preenchido de conteúdo, não podendo ser vago o suficiente para proporcionar um preenchimento de viés autoritário e repressor.

Amelung²⁸⁴ compreende o bem jurídico como o objeto de proteção da norma de conduta que pode inferir-se do direito positivo, configurando-se um instrumento polivalente no âmbito da argumentação jurídico penal. A proteção dos bens jurídicos exige que as normas tenham uma utilidade que extrapole a mera manutenção de suas vigências fáticas. O autor complementa argumentando que a teoria de proteção dos bens jurídicos por um lado nega a legitimação de normas penais inúteis, contudo, por outro lado, caracteriza-se por uma flexibilidade a qual dá ensejo à faculdade do legislador de decidir o que será objeto de proteção da norma penal.

Roxin²⁸⁵ enaltece que a existência de um bem jurídico depende de pressupostos mutáveis, ou seja, o contexto empírico de uma dada sociedade em um determinado lapso temporal será determinante nesse processo, não havendo uma eterna validade de caráter jusnaturalista. Além disso, ressalta que o bem jurídico deve ser lido a partir de óptica crítica à legislação e ao legislador.²⁸⁶ Roxin²⁸⁷ define os bens jurídicos como realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura, na qual estejam garantidos os direitos humanos e fundamentais do

TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 57.

²⁸³ Idem.

²⁸⁴ AMELUG, Knut. *El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos* p.263 in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 458.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 187-191.

²⁸⁷ ROXIN, Claus. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 448.

indivíduo, ou, então, que sejam necessários ao funcionamento do sistema estatal que também vise à consecução dos mencionados fins.

Ademais, o autor alemão é adepto do conceito pessoal de bem jurídico, ressaltando, contudo, que essa definição não se limita aos bens jurídicos individuais. Dessa forma, estão abarcados, também, os bens jurídicos da comunidade (coletivos) desde que direcionados, em última instância, ao cidadão individualmente considerado. Outrossim, Roxin²⁸⁸ posiciona-se de modo favorável ao bem jurídico enquanto elemento crítico à atividade do legislador. Por intermédio dessa crítica visa-se à limitação da punição.

Bottini²⁸⁹ também vislumbra a dificuldade no estabelecimento de critérios concretos de identificação dos bens jurídicos, contudo, ressalta que essa vicissitude não afasta a importância do tema, uma vez que essa categoria cumpre com um papel crítico em relação ao legislador e à legislação, limitando a intervenção penal e corroborando com a proporcionalidade das penas. Além disso, o autor argumenta que é necessário preencher o bem jurídico de algum sentido, ou seja, provê-lo de determinada parcela de materialidade. Isso apenas será possível por intermédio da observância da dinâmica social relativa a determinado período histórico.

A concretização é um elemento imprescindível para a configuração de um referencial bem jurídico crítico e que possa exercer um papel de recorte no âmbito da intervenção penal. É a partir disso que será possível efetuar a análise das vicissitudes do caso concreto, verificando-se de que forma o objeto tutelado pela norma penal incidiu na realidade sobre a qual recai o aparato penal. D'Ávila²⁹⁰ utiliza o meio ambiente como exemplo, pois o referido bem jurídico deve ser concretizado no espaço e tempo, ou seja, no contexto do fato em apreço, a fim de que possa ser averiguada a ocorrência, ou não, de dano, algo impossível de se extrair a partir de uma perspectiva ampla e genérica de meio ambiente.

²⁸⁸ ROXIN, Claus. ¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* p.448.

²⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 135-137.

²⁹⁰ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 80/2009. p. 7-34. Set-out-2009. p.16-17.

Busato²⁹¹ aduz que a fluidez ou abstração exacerbada é preocupante no âmbito de uma sociedade moderna e complexa, pois torna o conceito vago e de difícil preenchimento. Todavia, uma concreção exagerada do bem jurídico aproximaria o conceito desse instrumental à definição de objeto material. Este último é extremamente concreto, representando a configuração material do interesse jurídico, na hipótese de um crime de furto, por exemplo, o objeto material poderia ser um carro, enquanto que o bem jurídico seria o patrimônio. Não há uma identidade entre os dois conceitos, mas sim uma complementação.

De acordo com o escólio de Busato,²⁹² o bem jurídico não deve ser compreendido enquanto um dado conceitual, mas sim como um princípio, ou, nos termos utilizados também por Schunemann, uma diretriz normativa destinada ao recorte da intervenção penal. Dessa forma, percebe-se que o autor reconhece e até mesmo defende determinada parcela de indefinição no tocante ao bem jurídico. Na teoria do delito proposta por Busato²⁹³ o bem jurídico forma uma racionalidade em conjunto com princípios limitadores do direito penal, tais como a legalidade, a intervenção mínima, a culpabilidade e a proporcionalidade.

A partir do conjunto de limitadores supracitados seria possível analisar o fato a fim de verificar se houve o preenchimento da ofensividade necessária, em face de um bem jurídico relevante, a dar azo à intervenção penal.²⁹⁴ Na compreensão do autor, é imperioso ressaltar, ainda, que o direito penal não é apto a proteger efetivamente os bens jurídicos, uma vez que o aparato repressor é acionado após a lesão ter ocorrido, mesmo que se trate de delito praticado na modalidade tentada. Sendo assim, o bem jurídico se consubstancia como um elemento justificante da intervenção penal.²⁹⁵

Com efeito, merece destaque a questão relativa à precedência, ou não, da norma em relação ao bem jurídico. Nesse ponto, resta clarividente que alguns bens são tão essenciais que podem ser reconhecidos independentemente de previsão normativa, tais como a vida e a liberdade. Entretanto, não são todos os bens jurídicos prévios ao reconhecimento da norma. Interesses tais como o meio

²⁹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. p. 367-368.

²⁹² *Ibidem*. 369.

²⁹³ *Ibidem*. 369-370.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ *Ibidem*. p. 364-365.

ambiente e a administração pública podem ser erigidos ao grau de bem jurídico penal por intermédio de uma posição político-criminal.²⁹⁶

Na concepção de D'Ávila,²⁹⁷ os bens jurídicos não deveriam ser criados pelo direito, mas tão somente reconhecidos pelo aparato penal, a partir da observância de realidades que não se limitam ao sistema penal. Essa atividade já estava sedimentada em relação ao direito penal clássico, contudo perdeu o consenso no âmbito da sociedade do risco e da proliferação de diversos e complexos bens passíveis de tutela penal.

Da leitura e comparação das interpretações que os autores supracitados concedem ao tema em apreço é possível extrair algumas perspectivas similares. Primeiramente, é clarividente a dificuldade em definir bem jurídico de uma maneira conceitualmente fechada. Contudo, esse teor flexível e aberto da teoria do bem jurídico não necessariamente se confunde com ausência de conteúdo ou vagueza. O instrumental em apreço deve estar aberto às mutações sociais, a fim de que a teoria do delito não seja anacrônica ao contexto social que a permeia.

Ademais, destaca-se, também, que os autores reconhecem no bem jurídico um referencial importante de limitação da intervenção penal, seja por meio da crítica ao legislador ou do filtro penal em relação à quantificação das lesões, uma vez que o direito penal só pode intervir em relação às lesões graves direcionadas aos bens jurídicos penais mais relevantes. Sendo assim, o bem jurídico tem uma importância imensurável no tocante à interpretação relativa aos processos de criminalização primária e secundária, visto que guarda íntima ligação com os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade.

O bem jurídico foi concebido como um instrumento de limitação à intervenção penal, ou seja, um filtro cuja função seria reduzir o âmbito da imputação. Sendo assim, a princípio essa ferramenta serviria como uma espécie de freio ao *ius puniendi* estatal.²⁹⁸

Uma das críticas corriqueiramente realizadas em relação a essa ferramenta seria a de que houve uma inversão na tarefa por ela executada, ou seja, o limite tornou-se um justificador de novas espécies de incriminação. Hassemer²⁹⁹ aponta

²⁹⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. p. 362-363.

²⁹⁷ D'ÁVILA, Fabio Roberto. Op cit. p. 16-17.

²⁹⁸ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* p. 180.

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 194-195.

que no âmbito do direito penal moderno o bem jurídico sofreu uma mutação, de crítica ao legislador torna-se um apelo à imposição de pena a novas espécies de comportamentos.

A partir dessa compreensão, primeiramente, é mister salientar que, de fato, novas espécies de incriminações surgiram nas últimas décadas. Um rol de temas que antes não sofria a incidência da esfera penal passou a ser tipificado penalmente, principalmente, no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da legislação penal especial. Destarte, houve uma ampliação no número de bens jurídicos tutelados pelo aparato penal.

Esse fenômeno é denominado por Silva Sánchez³⁰⁰ como “Expansão do direito penal”. O autor espanhol atribui ao direito penal a missão de proteção das lesões intoleráveis aos bens jurídicos. A partir dos argumentos lançados por Silva Sanchez o “pano de fundo” descrito na introdução deste trabalho fica ainda mais clarividente, uma vez que as mudanças na sociedade pós-industrial inspiram alterações no aparato penal como um todo, inclusive no que diz respeito à teoria do delito.

Feijoo Sánchez³⁰¹ alude que a teoria do bem jurídico não está apta a solucionar os principais problemas atinentes ao sistema penal, sendo, pelo contrário, responsável por parcela dos dilemas penais, tais como a expansão do sistema punitivo e a administrativização do direito penal. A legitimidade do direito penal como responsável pela proteção de bens jurídicos não é apta a resolver todos os dilemas inerentes ao sistema penal. A teoria do bem jurídico, por si só, reduz-se a definidora daquilo que será protegido, mas não aglutina o conteúdo a respeito de como ou quando essa proteção será efetivada, nem tampouco esclarece quais os limites dessa tutela. Ou seja, a legitimidade da intervenção penal depende mais da forma como o instrumento penal será manejado do que em relação a que bens isso ocorrerá. As estruturas típicas e a delimitação do espaço de risco permitido devem ser mais destacadas em comparação com os bens jurídicos.³⁰² A teoria do bem jurídico possui maior rendimento teórico enquanto critério de averiguação da legitimidade da finalidade de uma norma concreta.

³⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. 33-37.

³⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. p. 99-100.

³⁰² Ibidem. p. 103-104.

Na concepção de Feijoo Sánchez,³⁰³ a teoria do bem jurídico não consegue ser instrumentalizada a fim de realizar a diferenciação entre os âmbitos de atuação penal e administrativo, mormente no ambiente da sociedade do risco, em que a fronteira desses dois sistemas é cada vez mais tênue. Com efeito, a supracitada teoria corrobora com o contexto social de expansão da intervenção penal, tendo a função de proteção do bem jurídico, a partir de um discurso de que a legitimidade do aparato penal advém da proteção de determinados bens, criado um monstro incapaz de ser controlado. *Mutatis mutandis*, criou-se um “Frankenstein penal”.³⁰⁴ A título de exemplo, a administrativização dos tipos penais ocorre por intermédio da criação de crimes de perigos abstratos os quais operacionalizam os bens jurídicos coletivos, sendo que a teoria do bem jurídico não logrou êxito em impor limites a esse processo de criminalização.³⁰⁵

Por outro lado, Hassemer³⁰⁶ aduz que a teoria do bem jurídico serve como a “pedra de toque” da teoria funcionalista na esfera penal uma vez que essa categoria cumpre o papel de critério político-criminal, vinculando a cominação de pena à efetiva lesão ou ao perigo de lesão aos bens jurídicos.³⁰⁷ O autor alerta, todavia, que a teoria do bem jurídico migrou, em certa medida, de um perfil crítico-penal descriminalizador para uma vertente fundamentadora e expansiva, especialmente nos últimos anos.

No entendimento do autor alemão, a teoria do bem jurídico não pode responder sozinha à questão do merecimento de pena, visto que a ameaça a um bem jurídico é um pressuposto necessário, entretanto não suficiente para dar ensejo à determinada criminalização. Para Hassemer,³⁰⁸ é preciso observar que o legislador possui grande margem de discricionariedade em relação a quais condutas serão criminalizadas e de que forma isso irá ocorrer.

Dessa forma, o autor alemão aduz que a teoria do bem jurídico pode desempenhar o papel de limite ao legislador penal, dificultando a adaptação do ordenamento jurídico penal a políticas criminais escusas e de interesses obscuros, contudo é imprescindível que o bem jurídico seja vislumbrado a partir de uma

³⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. p. 104-106.

³⁰⁴ Ibidem. p.104-107.

³⁰⁵ Ibidem. p. 106-107.

³⁰⁶ Ibidem. p. 17.

³⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* p. 16.

³⁰⁸ Ibidem. p. 17-18.

relativização sistêmica, sendo complementado por outros princípios, entre os quais se destacam- a legalidade, a subsidiariedade e a danosidade social.³⁰⁹

Schünemann,³¹⁰ por sua vez, alega que a teoria do bem jurídico enquanto fundamento e limite do direito penal possui um grande futuro, uma vez que essa teoria é indispensável para a interpretação dos tipos penais. Na concepção do autor o bem jurídico desempenha importante papel na determinação da estrutura do delito e, para além disso, estabelece qual será o campo das ações passíveis de lesionar o tipo. Sendo assim, a teoria do bem jurídico preencheu papel fulcral no processo de interpretação do tipo penal e de toda a teoria do delito. Ademais, por intermédio de sua orientação liberal a teoria do bem jurídico é imanente e crítica ao ser contrária a limitações desnecessárias às liberdades das mais diversas naturezas.

Em que pese às críticas, Hassemer,³¹¹ ressalta que o bem jurídico é irrenunciável como parâmetro de uma boa política criminal e, além disso, juristas deveriam centrar-se no seu núcleo negativo (descriminalizador) e crítico ao direito penal.³¹² Ademais, segundo o autor alemão, o bem jurídico configura um fundamento necessário e constitucional para consecução de um dever de proteção, assim como para determinar os limites da intervenção penal e mensurar a intensidade da incidência do aparato penal.

Na concepção de Busato,³¹³ não obstante as críticas à categoria bem jurídico, muitas das quais ainda serão analisadas neste artigo, esse instrumental é um referencial importante à teoria do delito, uma vez que é um critério limitador da intervenção do sistema jurídico-penal, operando um recorte no âmbito dos fatos suscetíveis à incidência do controle social penal. Para o autor apenas a referência aos bens jurídicos justifica a imposição de regras que promovam restrições a liberdades e a direitos.

Isso decorre da seguinte circunstância: os indivíduos abrem mão de parcelas de direitos e liberdades visando à proteção de determinados bens, sendo assim,

³⁰⁹ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. p. 17-18.

³¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* p. 25-27; 56.

³¹¹ Ibidem. p. 104-105.

³¹² HASSEMER, Winfried. *¿Puede Haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal?* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 96

³¹³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 364-365.

eventuais intervenções penais devem necessariamente fazer referência aos mencionados bens, sob pena de se configurarem como autoritárias ou injustificadas.³¹⁴

Diante do exposto, constata-se a imprescindibilidade de que o bem jurídico atue prioritariamente como limite à incriminação em detrimento de eventual papel meramente justificador e que simplesmente corrobore com a ampliação da intervenção penal. O bem jurídico se caracteriza como um referencial teórico apto a lograr êxito nessa missão, limitando o direito penal por meio de um recorte do âmbito de incidência do aparato jurídico em apreço. Até o momento a categoria bem jurídico foi problematizada como um todo, a partir do próximo tópico será concedida ênfase às temáticas concernentes ao bem jurídico coletivo, em razão da importância desse tema em relação a um direito penal inserido no paradigma social do risco.

4.3 A LEGITIMIDADE DO BEM JURÍDICO COLETIVO

No âmbito da sociedade de risco, pano de fundo a partir do qual são desenvolvidas as considerações presentes neste artigo, vislumbra-se o surgimento de novos interesses derivados do incremento de complexidade das relações e do exponencial aumento da capacidade lesiva oriunda das ameaças globais. Nesse contexto, os bens jurídicos coletivos (ou supraindividuais) ganham espaço, dando azo à emergência de diversos diplomas legislativos incriminadores de condutas que no auge do antropocentrismo não recebiam tutela penal.³¹⁵

Desde logo, ressalta-se que a princípio não há uma ilegitimidade no tocante aos bens jurídicos coletivos. Contudo, a expansão do direito penal em direção à gestão de riscos em novas searas acende um sinal de alerta em relação a uma possível criminalização excessiva.³¹⁶ Essa espécie de bem jurídico somada a institutos dogmáticos, tais como os crimes de perigo abstrato e as normas penais em

³¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 364-365.

³¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 136-137; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 33-34; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 103-104.

³¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 144 “Atualmente, a multiplicação de tipos penais de perigo abstrato com o intuito de apaziguar a população e demonstrar simbolicamente a capacidade de reação do Estado é significativa. A perplexidade diante dos novos riscos, da incompreensão científica sobre as inovações tecnológicas e a ansiedade por proteção incidem na elaboração e na aplicação da lei penal, ampliando seus espaços de afetação, de maneira a responder a uma intenção não manifesta do poder público de recuperar a legitimidade perdida pela incapacidade de compreender e regulamentar a produção dos riscos em outros âmbitos”.

branco, culmina em um avanço das barreiras de imputação objetiva, ou seja, no cabo de guerra entre intervenção mínima e um direito penal autoritário e excessivamente repressor, este último ganha espaço.³¹⁷

Busato³¹⁸ também verifica esse movimento de reconhecimento de bens jurídicos coletivos, apontando que em uma sociedade na qual a conduta de um indivíduo é capaz de afetar a esfera de vida de muitos é uma tendência que os valores comungados pela sociedade deixem seu caráter eminentemente individual e, aos poucos, adquiram, também, um caráter parcialmente coletivo.

Conforme aponta Guaragni,³¹⁹ o direito penal não é a única forma de gestão aos novos riscos sociais. Todavia, resta clarividente que esse ramo do direito terá um papel importante no combate às ameaças mais graves aos bens jurídicos mais relevantes. Ao direito penal será cabível parte dessa gestão de riscos, uma vez que a ele é destinado controle social do intolerável, visando à redução dos níveis de risco comum a todos:

“O direito penal não é a única ou a exclusiva fonte de contenção de riscos e proteção destes interesses supraindividuais. Dentre outras fontes, operam o direito administrativo e o sistema respectivo. Operam mecanismos de autocontrole construídos pela própria economia de mercado. Porém, é inegável que o direito penal e o sistema penal possuem, aqui, um novo papel”

Nesse ponto, o princípio da intervenção mínima constitui um limite de atuação estatal, estabelecendo as balizas nas quais a atuação do aparato mais repressor do Estado é legítima. É imperioso ressaltar que o direito penal é um instrumento de

³¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.p. 18-19.

³¹⁸ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio societas delinquere non potest, desde a perspectiva do quarto Estado*. Revista Jurídica UNOESC. v.3, n. 3, (jan/dez), 2002. p. 182. “À medida que avança a sociedade no sentido da valorização das pessoas como componentes de um grupamento social e menos como indivíduos, num mundo em que a velocidade de fluxo das informações é imensa e que a ação de um afeta os direitos de muitos, o bem jurídico, objeto de atenção fundamental do direito penal vai, aos poucos, deixando seu enfoque individual em favor do coletivo com consequências mais diversas.”

³¹⁹ GUARAGNI, Fábio André. *Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria* in BUSATO, Paulo César. *Ler Beccaria hoje*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 64-65.

controle social que apenas deve atuar em relação às lesões, ou perigo de lesões, intoleráveis.³²⁰

Dessa forma, procurar-se-á colaborar, ainda que minimamente, com a construção de um conjunto argumentativo que dê ensejo a uma utilização do bem jurídico coletivo que coadune com os preceitos de um direito penal inserido em um Estado Democrático de Direito, no bojo do qual vigora o princípio da intervenção mínima.³²¹

Bottini³²² vislumbra a necessidade de recuperação do viés crítico do bem jurídico, uma vez que o reconhecimento de interesses supraindividuais inéditos aumenta a demanda pela incidência do aparato penal enquanto gestor de riscos. Para o autor, faz-se necessário preencher os bens jurídicos com um substrato material apto a justificar a intervenção penal. Bottini³²³ argumenta que os bens jurídicos difusos devem fazer referência a interesses individuais, dessa forma, o referente antropocêntrico permanece imprescindível.

Na concepção de Hassemer,³²⁴ o direito penal não visa à segurança social ou à diminuição de danos sociais e, portanto, a teoria do bem jurídico deve assimilar os novos problemas e as novas estruturas sociais sem deixar de lado o aspecto personalista que caracteriza a referida teoria. Sendo assim, o autor conclui que os interesses da coletividade e do estado devem ser funcionalizados a partir do indivíduo.

Os bens jurídicos são interesses humanos e, em virtude dessa peculiaridade, os interesses difusos devem ser considerados tão somente no que diz respeito a sua afetação indireta aos indivíduos. Para o autor, somente a teoria pessoal do bem jurídico é apta a analisar criteriosamente os bens jurídicos coletivos e, assim, evitar ideologizações, tais como incriminações de comportamentos com fundamento apenas em padrões de moralidade.³²⁵ De acordo com Greco,³²⁶ as diferenças entre

³²⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. p. 59. "(...) em um Estado social e democrático de Direito, a obediência ao princípio da intervenção mínima constitui um de seus limites, O Direito penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzem lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade"

³²¹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: BdeF, 2013.p. 85.

³²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 139-140.

³²³ Ibidem. p. 142-143.

³²⁴ HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* p. 20-21.

³²⁵ Ibidem. p. 21-22.

os bens jurídicos coletivos e os individuais seriam reduzidas ao fato de que estes se direcionam a indivíduos determinados enquanto aqueles são caracterizados pela não distributividade, ou seja, não são passíveis de divisão e repartição entre sujeitos distintos.

É mister destacar a possibilidade de criação de alguns critérios de verificação de bens jurídicos coletivos a fim de que eles não tenham um caráter meramente aparente, evitando-se um desvirtuamento no que tange à utilização dessa categoria. Hefendehl³²⁷ elaborou alguns critérios, visto que não vislumbra uma ilegitimidade *a priori* do bem jurídico coletivo. Pelo contrário, constata que sempre houve essa espécie de bem jurídico no âmbito do direito penal, sendo que nos últimos anos é possível observar um aumento da utilização desse instrumental.

O autor traz a lume os critérios da não exclusividade, da não rivalidade do seu consumo e da não distributividade, visando a verificar a legitimidade do bem jurídico coletivo que estiver sob apreciação. Um bem legitimamente coletivo seria aquele em relação ao qual ninguém estaria excluído do gozo. Além disso, o fato de um indivíduo dele gozar não excluiria o futuro gozo de outro sujeito. E, por fim, bem coletivo seria aquele que não poderia ser dividido e distribuído entre os diversos indivíduos.³²⁸

Hefendehl³²⁹ aduz que uma das fontes de onde derivam os bens jurídicos coletivos aparentes seria a vinculação de todo tipo penal a um bem jurídico. Segundo o escólio do autor não seria imprescindível essa correlação, sendo possível, em casos excepcionais e delimitados, a inexistência de um bem jurídico como legitimador de um tipo penal específico.

Em que pese ao posicionamento acima exposto, é imperioso destacar que, a partir de um funcionalismo teleológico, no âmbito do qual o direito penal tutela as lesões mais graves em relação aos bens jurídicos mais relevantes, é imprescindível a referência a um bem jurídico. Esse referencial é inafastável tendo-se em vista a observância do princípio da intervenção mínima.

³²⁶ GRECO, Luis. Op. cit. p.4.

³²⁷ HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal in* GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011. p. 59.

³²⁸ Ibidem. p. 67-68.

³²⁹ Idem.

É preferível o entendimento de Roxin,³³⁰ o qual funcionaliza a teoria do delito a partir do bem jurídico, sendo, por isso, inviável o abandono desse instrumento, ainda que de modo eventual. De acordo com o autor alemão o bem jurídico possui relevância enquanto critério teleológico de interpretação dos tipos penais. Ademais, apresentaria rendimento prático-teórico, também, enquanto parâmetro político criminal à crítica legislativa.

Além disso, Roxin³³¹ destaca o fato de que a teoria da imputação objetiva é uma consequência obrigatória do princípio da proteção do bem jurídico, uma vez que para a caracterização do injusto penal faz-se imperiosa a lesão a um bem. Portanto, o único modo de efetuar, ainda que utopicamente, a proteção desses bens seria por intermédio da proibição dos riscos (não permitidos) que lesionem ou exponham a perigo um bem jurídico. A realização desse risco não permitido, e o consequente resultado típico, serão imputados ao autor da conduta.

Fechado esse longo parênteses e retomando-se as questões atinentes ao bem jurídico coletivo, é importante destacar o alerta realizado por Greco,³³² segundo o qual houve uma antecipação da intervenção penal, não somente em razão da utilização de categorias como o perigo abstrato, mas também em virtude da previsão de bens jurídicos coletivos, pois enquanto aqueles antecipam o perigo, estes antecipam a lesão, preenchendo-se o critério da lesividade e solucionando um problema de legitimidade comum em crimes de caráter abstrato. Por isso, seria imprescindível delimitar os bens jurídicos coletivos a fim de que sejam filtradas e distinguidas as espécies de caráter meramente aparente.

Sobre a temática em apreço, Busato³³³ adota uma teoria a qual denomina de monismo humanista. Segundo o autor o mesmo critério que delimita um bem jurídico individual enquanto tal deve ser utilizado no tocante às espécies coletivas, qual seja: o caráter essencial para o desenvolvimento do ser humano. Em virtude do exposto, o posicionamento é tido como monista. Além disso, a ofensividade da conduta terá que ser analisada no contexto do caso concreto, sendo penalmente relevantes tão somente lesões graves aos bens jurídicos coletivos mais importantes, de modo

³³⁰ ROXIN, Claus. *O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto* p. 290-291 in AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

³³¹ Idem.

³³² GRECO, Luís. Op. cit. p. 93-94.

³³³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. p. 384-386.

idêntico como ocorre em relação aos bens individuais. Ou seja, independentemente da espécie do bem jurídico ele continuará sendo um instrumento de recorte da intervenção penal. O termo humanista decorre do fato de que para Busato³³⁴ a referência a um indivíduo singularmente considerado, enquanto protagonista, não é necessária, sendo o protagonismo exercido pelo indivíduo considerado no plano coletivo.

Diante do exposto, chega-se à conclusão de que em razão do ambiente social vislumbrado hodiernamente, no bojo do qual as ameaças da sociedade de risco são globais, a previsão de bens jurídicos coletivos tidos como essenciais mostra-se irrefutável e, *a priori*, não carece de legitimidade. Contudo, deve-se evitar o excesso no tocante ao processo denominado por Machado³³⁵ de desmaterialização ou de espiritualização do bem jurídico, a fim de que não sejam previstos tipos penais baseados em bens jurídicos coletivos meramente aparentes.

Em um processo de adiantamento das barreiras da imputação e da própria tutela penal deve-se adotar uma postura cautelosa, visando à observância do princípio da intervenção mínima. Não se pode desvirtuar o uso do instrumental jurídico-penal. Os bens jurídicos, individuais ou coletivos, consubstanciam-se, essencialmente, como ferramentas de recorte da intervenção penal, ou seja, coadunam com um direito penal de tendência minimalista.

O bem jurídico é o responsável por delimitar e atribuir legitimidade à intervenção penal, uma vez que por intermédio desse referencial estabelece-se um vínculo entre a dogmática jurídica e o substrato social em que o aparato jurídico está inserido a fim de que os bens mais valiosos da sociedade sejam normatizados a fim de evitar e reprimir ofensas a eles direcionadas.³³⁶

É importante destacar que no que tange ao modelo social atual existem diversos contextos que fazem jus à atuação do direito penal, visto que possuem grande relevância para o desenvolvimento dos indivíduos. Esses novos espaços de intervenção penal não são aptos a serem tutelados, em sua totalidade, por bens jurídicos de caráter individual. Dessa forma, o manejo de bens jurídicos coletivos

³³⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. 384-386.

³³⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p.107.

³³⁶ Ibidem. p. 106.

resta imprescindível devendo o debate focar nas formas como essa instrumentalização de bens difusos ocorrerá.³³⁷

A legitimação da utilização de um bem jurídico em específico deve ser obtida a partir da análise da relação dele com princípios que realizam recortes à intervenção penal, tais como a legalidade, a intervenção mínima e a culpabilidade.³³⁸ A conceituação de bem jurídico, por sua vez, deve estar de consonante com um sistema aberto, por meio da qual possam ser realizadas atualizações em razão de adequações advindas de princípios que realizam recortes à intervenção penal, assim como em virtude de mutações ocorridas no ambiente social, histórico ou político e que deem ensejo ao reconhecimento de tais realidades como bens essenciais ao desenvolvimento, ou ao afastamento dele quando ele já existir. Os bens jurídicos, por conseguinte, devem possuir a maior precisão possível, com o propósito de se evitar uma vagueza exacerbada a qual retiraria legitimidade do referencial em apreço.³³⁹ Sendo assim, muito mais do que um conceito fechado em si próprio o bem jurídico pode ser vislumbrado como uma diretriz direcionada a realizar um recorte do âmbito de incidência do aparato penal.³⁴⁰

Visualiza-se, hodiernamente, o fenômeno a que pode ser reputada a nomenclatura “desmaterialização do bem jurídico”, por intermédio do qual se verifica a priorização da proteção de bens jurídicos coletivos, mais vagos e abstratos, em detrimento do predomínio dos bens focados no indivíduo.³⁴¹ A proliferação de bens jurídicos difusos é uma consequência da emergência do paradigma do risco. Esse modelo social estimula políticas criminais voltadas à gestão de grandes problemas e eventos de risco, para os quais é mais recomendável a previsão de bens jurídicos mais amplos e aptos a abranger um número maior de situações.³⁴²

Esse fenômeno, caracterizado pela redução da concretude, implica mutações relevantes no que concerne à dogmática e à política criminal, sendo apto a promover perturbações em aspectos centrais do sistema penal. Temas como a identificação do bem jurídico tutelado, assim como a averiguação de que o desvalor de resultado se consubstancia com a ocorrência de uma lesão ou com mera colocação em

³³⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. p. 372.

³³⁸ Ibidem. p. 370.

³³⁹ CEREZO MIR, José. Op. cit. p.56.

³⁴⁰ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 369.

³⁴¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p. 105-106.

³⁴² Idem.

perigo, ganham destaque nos debates penais. Além disso, o estabelecimento das relações de causalidade, assim como a constatação, ou não, de interesses individuais, cuja tutela é objetivada pelo bem jurídico, também ganham relevância. Ademais, também é imprescindível a verificação da compatibilidade dos bens difusos com o princípio da ofensividade. Todas essas tensões são agravadas em razão do caráter vago e abstrato que configura determinados bens jurídicos, especialmente aqueles em que não se vislumbra uma vítima específica, incorrendo a problemática em uma ausência de concretude da tutela penal.³⁴³

Nesse cenário, em que são vislumbrados bens não delimitados, verifica-se que a norma penal direciona-se à proibição da violação de determinados *Standards* de segurança, até mesmo oriundos de dispositivos extrapenais. Incriminam-se, portanto, a violação de determinados padrões, pois supostamente o interesse por eles protegidos teria sido violado.³⁴⁴

Dessa forma, percebe-se uma espécie de despersonalização do direito penal, sob a pretensão, em determinados casos, de se efetuar a proteção de instituições ou organizações sociais. Desse modo, não mais se observa a proteção de bens jurídicos concretos referentes a interesses pessoais, havendo uma tendência de previsão de incriminações relativas a perturbações no funcionamento ou mesmo na confiança do funcionamento de organizações ou sistemas sociais.³⁴⁵

O bem jurídico coletivo, no entanto, não se confunde com a ausência de substrato ou de dimensão material. Um delito ambiental isoladamente considerado dificilmente põe em perigo a totalidade do meio ambiente, da mesma forma como um homicídio não causará a extinção da vida humana e um furto não depreciará o instituto do patrimônio. O essencial é verificar, por exemplo, se o referido delito ambiental afeta o equilíbrio de parcela de um ecossistema, de um rio, de um manancial, ou seja, se configura uma conduta dotada de elevada lesividade. É certo, portanto, que uma conduta isolada não destruirá um bem jurídico integralmente, independentemente do caráter coletivo ou individual desse bem.³⁴⁶

No tópico seguinte serão expostos os debates relacionados ao princípio da precaução e aos delitos cumulativos. Ambos guardam íntima relação com os bens jurídicos coletivos e auxiliam na compreensão dos limites que devem ser impostos à

³⁴³ MENDOZA BUERGO, Blanca. Op. cit. p.69-70.

³⁴⁴ Ibidem. p. 70-71.

³⁴⁵ Ibidem. p. 73.

³⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. p.103-106.

atuação do aparato penal. A soma dos instrumentos de antecipação de tutela pode dar azo a uma intervenção penal ilegítima. Por exemplo, um crime de perigo abstrato que diz respeito a um bem jurídico difuso e cujo tipo penal faça remissão a uma norma extrapenal por meio da técnica da norma penal em branco, tende a causar fissuras a princípios fundamentais do direito penal, tais como a intervenção mínima e a legalidade. O incremento desses mecanismos com o princípio da precaução e com os delitos cumulativos intensifica muito esse problema e dá azo a um adiantamento exacerbado da intervenção penal, tema que será aprofundado a seguir.

4.4 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: UMA ANTECIPAÇÃO ILEGÍTIMA DAS BARREIRAS DE IMPUTAÇÃO

O desejo imensurável de evitar a concretização de danos a bens jurídicos pode implicar a exacerbação da antecipação da punibilidade, por meio da efetivação da sanção penal em razão da realização em massa de determinado comportamento tipificado penalmente em detrimento da preocupação com a lesividade da conduta. Essas situações são caracterizadas como delitos cumulativos ou delitos em cumulação, no âmbito dos quais não se vislumbra um potencial lesivo de uma ação observada isoladamente, nem mesmo tendo-se em vista as hipóteses em que o resultado se perfaz com a ocorrência de um perigo abstrato. Nessa conjuntura, seria necessária a repetição de uma mesma conduta por diversas vezes a fim de que o bem jurídico tutelado pela norma penal pudesse ser lesionado de maneira relevante.³⁴⁷

Diante desse cenário observa-se uma confusão entre o direito administrativo e o direito penal, tendência decorrente do processo denominado de administratização do direito penal, já pontuado no capítulo anterior. Para a configuração de um ilícito administrativo são exigidos critérios distintos daqueles relativos ao sistema penal, sendo que para a consecução de um delito é imprescindível que o fato em apreço tenha, por si só, ocasionado uma lesão a um bem jurídico de grande relevância social.³⁴⁸

A visualização da lesão de um bem jurídico difuso é de mais difícil constatação do que aquela ocorrida em um bem jurídico individual. Nesse sentido,

³⁴⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit. p.143.

³⁴⁸ Ibidem. p. 143-144.

as pessoas jurídicas, ou, então, o indivíduo considerado isoladamente, mas por intermédio, ou a mando do ente coletivo, estão mais aptas a lesarem bens jurídicos supraindividuais, tais como o meio ambiente e a economia, pois possuem, via de regra, um maior potencial de causar danos, ao serem comparadas com uma pessoa física.³⁴⁹

Por mais que os delitos cumulativos não sejam previstos expressamente e a construção dogmática não os esteja consagrando, faz-se muito pertinente o alerta realizado por Machado.³⁵⁰ A autora alude que a lógica da cumulação das consequências oriundas da repetição de comportamentos causa perturbações e se insere no sistema penal, entrando pela porta de entrada da política criminal. As incriminações de perigo e de mera conduta podem, por exemplo, sofrer influências dessa racionalidade acumulativa. Dessa forma, as disposições penais seriam aptas a prever sanções a comportamentos de forma mais abstrata, em razão do uso de uma das técnicas de perigo. Condutas as quais consideradas isoladamente não implicariam lesões consideráveis ao bem jurídico a que o tipo penal se refere, restando a lesão configurada apenas em caso de generalização da prática da ação tipificada.³⁵¹

Nessas situações, é imperioso salientar que a dimensão material do tipo penal não é preenchida, pois não existe um risco *ex ante* em atividades que só lesionam o bem jurídico caso haja uma intensa multiplicação e repetição da conduta descrita no dispositivo penal. Em um direito penal no qual a função seja a proteção de bens jurídicos em detrimento da mera proteção da vigência da norma e das expectativas sociais em torno da obediência dos dispositivos legais, a racionalidade dos delitos de acumulação mostra-se incompatível.³⁵²

Em que pese a utilização dos delitos por acumulação vise a uma ampliação da eficiência do sistema criminal, resta clarividente uma antecipação indevida da intervenção penal, a qual empobreceria a dimensão material do tipo penal em prol de perigos presumidos, suspeitas e precauções.³⁵³

³⁴⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Op. cit.

³⁵⁰ Ibidem. p.144-145.

³⁵¹ Idem.

³⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 182.

³⁵³ Ibidem. p. 183.

Cerezo Mir³⁵⁴ alude que o princípio da precaução tem como ponto de partida uma mera suspeita em relação aos riscos graves que podem ser derivados de determinada conduta ou atividade em relação às quais se desconhece os processos causais aptos a lhes dar ensejo, assim como as relações causais existentes entre a conduta e o dano posterior, inclusive no que tange à quantificação do dano e dos riscos. As informações referentes a essas situações são presunções e suspeitas extraídas de cálculos probabilísticos ou estatísticos, sendo que o princípio em apreço, assim como os delitos de acumulação, é vislumbrado, por exemplo, nos debates a respeito do bem jurídico “meio ambiente”.

Assim como a espécie de delito acumulativo, o princípio da precaução pode ter a sua racionalidade permeando os tipos penais por intermédio da incriminação via crimes de perigo abstrato. Esta técnica legislativa pode ser manejada a fim de propagar a estratégia da precaução para dentro do pensamento e da dogmática jurídico-penal.³⁵⁵

O princípio supracitado poderia servir de orientação, por exemplo, para a atribuição de responsabilidade no âmbito do direito civil e do direito administrativo. Contudo, no que tange ao direito penal a simples suspeita não pode dar azo a uma responsabilização. O princípio da precaução guarda íntima relação com a insuficiência do conhecimento científico em prover informações referentes às relações causais possíveis, em especial no tocante às novas tecnologias. Essa vicissitude inviabiliza a formação de uma estratégia de gestão dos riscos baseada em informações certas e confiáveis. Portanto, buscam-se alternativas para compensar essa lacuna de conhecimento que caracteriza a atuação dos gestores de risco, entre os quais se inclui o direito penal.³⁵⁶

Ademais, é imperioso ressaltar que a precaução distingue-se da prevenção. Esta é manejada em âmbitos em que há uma certeza científica, ou, ao menos, uma alta probabilidade evidenciada estatisticamente de que determinado comportamento ou atividade possui periculosidade e dá azo à geração de riscos os quais devem ser evitados. Nessas situações, faz-se necessária a implementação de uma estratégia

³⁵⁴ CEREZO MIR, José. Op. cit. p.61.

³⁵⁵ CEREZO MIR, José. Op. cit. p.61.

³⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit. p. 47-48.

de controle, razão pela qual se recorre ao princípio da prevenção como diretriz a fim de que determinada atividade sofra alguma espécie de restrição ou de regulação.³⁵⁷

Percebe-se, portanto, que a racionalidade da precaução traduz-se em mais um passo antecipatório do direito penal, maior do que aquele promovido pela estratégia preventiva. Ou seja, o princípio da precaução tem como consequência a intervenção penal em um ambiente ainda muito nebuloso, em relação ao qual existem no máximo indícios da necessidade de penalização em razão da violação grave de um bem jurídico importante.

Feijoo Sánchez³⁵⁸ também reputa como ilegítima a intervenção penal nas hipóteses denominadas de delitos por acumulação, pois nessas ocasiões o perigo abstrato não é constatado cientificamente nem tampouco provável, mas sim presumido, sendo interligado com o comportamento de outras pessoas. É imperioso ressaltar a imprescindibilidade da repetição da conduta por vários indivíduos para que haja uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado. Os casos de acumulação se baseiam na suposição de que no futuro outras pessoas adotarão a mesma postura ofensiva em relação a determinado bem.

Sendo assim, resta clarividente que nos delitos de cumulação a intervenção penal não decorre apenas em razão de um comportamento individual, devendo ser vislumbrada uma desobediência em massa de uma normativa em específico. Essa espécie de estratégia punitiva poderia ser utilizada, por exemplo, pelo direito administrativo, não sendo adequada à dinâmica penal, mesmo se tendo em vista a conjuntura da sociedade do risco.³⁵⁹ Nesses casos, observa-se apenas o preenchimento do aspecto formal do delito, restando uma lacuna no tocante à dimensão material do crime em virtude da ausência de lesividade da conduta.

Feijoo Sánchez³⁶⁰ aduz que a referência a bens jurídicos permeados por determinadas particularidades não satisfaz a demanda de legitimidade, sendo que a solução encontra-se nas estruturas de imputação. Uma imputação individual em razão de uma conduta imbuída de lesividade social dá azo a uma intervenção penal legítima e não a simples referência a bens jurídicos que pode servir de mera justificação à criminalização primária de um tipo penal ilegítimo.

³⁵⁷ Ibidem. p. 49-50. CEREZO MIR, José. Op. cit. p. 61.

³⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. p. 104-106.

³⁵⁹ Idem.

³⁶⁰ Idem.

O autor também não coaduna com o princípio da precaução enquanto parâmetro de fundamentação de delitos de perigo abstrato em relação aos quais predomina uma incerta científica. A partir da argumentação de que os bens jurídicos seriam protegidos de modo mais eficaz por meio da punição de condutas em relação às quais não há uma simples suspeita de periculosidade visa-se à diminuição dos espaços de desenvolvimento de atividades, uma vez que são reduzidas as zonas de risco permitido. Por conseguinte, por intermédio do princípio da precaução difunde-se uma estratégia de segurança que implica uma expansão desenfreada do direito penal.³⁶¹ Essa lógica é incompatível com o direito penal, dando ensejo a intervenções ilegítimas as quais deveriam se restringir ao âmbito de atuação do direito administrativo.

O presente capítulo buscou expor e colaborar com a elucidação de alguns debates relativos ao tema bem jurídico. Primeiramente, este trabalho parte do conceito de direito penal como responsável por controlar as lesões intoleráveis aos bens jurídicos mais relevantes. No âmbito da sociedade do risco a previsão de bens jurídicos coletivos apresenta-se como adequada e necessária, não existindo uma ilegitimidade pressuposta ou algo que o valha em relação ao uso desse instrumental.

A referência ao bem jurídico é fundamental para a consecução de um direito penal conduzido pelo princípio da intervenção mínima. Essa categoria do delito não possui um conceito fechado, porém isso não representa, necessariamente, um defeito. Não se está defendendo um conceito de bem jurídico vago e passível de ser preenchido pelo conteúdo que melhor aprouver àquele que detém o poder de legislar, ou que exerça alguma influência nessa tarefa.

Deve-se ressaltar que a porosidade do conceito de bem jurídico é uma de suas qualidades, pois o afasta de um sistema autopoietico, aproximando-o das vicissitudes inerentes à realidade empírica. Um direito penal preocupado, também, com o caso concreto representa um ganho à teoria do delito e a uma democracia. Nesse diapasão, o bem jurídico preenche a dimensão material do conceito de crime, sem contradizer ou impossibilitar o âmbito formal.

Ainda há muito a ser desenvolvido sobre o tema em apreço, mas resta clarificante que o manejo correto da categoria bem jurídico e a sua manutenção enquanto referencial à criminalização (primária e secundária) são imprescindíveis

³⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. p. 104-106.

para a consecução de um direito penal mínimo, sobretudo em um contexto social perpassado por tantas tensões, riscos e incertezas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa foi dividida em três partes principais. A primeira delas é a mais singular, visto que diz respeito essencialmente a uma exposição sociológica. Vale ressaltar que desde o princípio era uma grande preocupação deste escritor não elaborar um capítulo meramente introdutório, o intuito jamais foi promover uma espécie de introdução histórica a partir da análise de aspectos sociológicos. Por isso, mais do que apresentar autores e teorias buscou-se a exposição das nuances que mais afetam o direito penal, e consequentemente logram maior visibilidade.

Resta clarividente a mútua implicação entre direito e sociedade. No âmbito penal essa vicissitude se torna muito mais palpável no ambiente da sociedade do risco, pois *pari passu* à percepção pública das mutações do paradigma social vislumbram-se movimentos no sentido de compatibilizar o instrumento jurídico penal a essa recente conjuntura.

O segundo capítulo realizou uma exposição panorâmica das principais mudanças às quais a sociedade do risco vem dando ensejo no que diz respeito ao direito penal. Mutações político-criminais e dogmáticas se proliferam com o propósito de que o direito penal possa realizar a sua tarefa de controle social, por intermédio da gestão de parcela dos riscos oriundos do progresso tecnológico, o qual se configura como um dos principais atores no processo de constituição do modelo social do risco.

No supracitado cenário, percebe-se uma expansão do espaço de atuação penal, assim como uma antecipação da punibilidade, promovida por meio do emprego de mecanismos tais como a norma penal em branco, os delitos de perigo abstrato e os bens jurídicos difusos. Essa antecipação implica fissuras em aspectos fundamentais da teoria do delito, sendo os dois últimos capítulos destinados ao debate desse tema, o que foi feito de forma mais ampla no segundo capítulo.

Por sua vez, o terceiro capítulo enfatizou os debates a respeito do referencial bem jurídico, ao qual se atribui um papel de protagonista no que se refere à verificação da legitimidade da intervenção penal em determinado caso concreto. Muitas críticas vêm sendo tecidas em relação ao bem jurídico e à sua capacidade de rendimento. Não obstante, esse trabalho além de reconhecê-las buscou elucidá-las a fim de demonstrar que o bem jurídico possui uma tarefa visceral no que tange à

limitação da intervenção penal e se configura como um referencial imprescindível à análise da dimensão material do delito. Essa ferramenta tem muito a colaborar no estabelecimento de balizas que freiem a antecipação exacerbada das barreiras de imputação, e, por conseguinte, com a solidificação de estruturas penais que corroborem com os princípios e as garantias mínimas de um sistema penal inserido em um regime democrático.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Apuntes sobre el concepto material del delito. Barcelona: Atelier, 2003.

AMELUG, Knut. *El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de La protección penal de bienes jurídicos* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Vigilância líquida: Diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Tempos líquidos*. trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Em busca da política*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva* in _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

_____. *O que é globalização? Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e terra, 1999.

_____. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social*. Da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. In _____. Guaragni, Fábio André. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal*. Curitiba, Juruá editora, 2013.

_____. *Fundamentos político-criminais para a responsabilidade penal da pessoa jurídica: crítica da política criminal que sustenta o princípio societas delinquere non potest, desde a perspectiva do quarto Estado*. Revista Jurídica UNOESC. v.3, n. 3, (jan/dez), 2002.

_____. *O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica*. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13302-13303-1-PB.pdf>
Acesso em: 03 de agosto de 2016.

CARTA CAPITAL. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/carne-fraca-midia-estrangeira-ve-novo-golpe-na-economia-brasileira>.
Acesso em: 19/03/2017.

CEREZO MIR, José. *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*.
Revista de Derecho Penal y Criminología. 2ª época, nº 10 (2002), p.47-72.

COCA VILA, Ivó. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* in [Jesús María Silva Sánchez – dir.] *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 80/2009. p. 7-34. Set-out-2009.

ESTADÃO. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-da-ibs-e-da-brf-devem-ser-penalizadas-pela-operacao-carne-fraca,70001703746>.
Acesso em: 19/03/2017.

FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”*. Notas sobre a política criminal no início do século XXI in Revista Liberdades, nº 7, maio-agosto, 2011. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=84
Acesso em: 01/08/2016.

_____. *El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol.100/2013. p. 89-139 jan-fev/2013.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____. *A vida em uma sociedade pós-tradicional* in BECK, Ulrich; _____. LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. *Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria* in BUSATO, Paulo César. *Ler Beccaria hoje*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. *A função do Direito Penal e os "sistemas peritos*.

Disponível em:

<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2450882/doutrina-nacional-e-estrangeira-a-funcao-do-direito-penal-e-os-sistemas-peritos> Acesso em: 03 de janeiro de 2017.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

_____. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de La imputación en Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e M^a del Mar Díaz Pita. Valência: tirantlo blanch alternativa, 1999.

_____. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Trad. Enrique Anarte Borallo.

Disponível em: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewArticle/12>.

_____. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *¿Puede Haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como a pedra angular da norma penal*. In GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *De largo aliento: El concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico* in _____. *La teoría del 'bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Trad. Luciano Costa Neto. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *Sobre a teoria do direito penal do inimigo* in AMBOS, Kai; Böhm, María Laura (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013

KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal* in [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.] *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Compliance y Derecho penal en Alemania*, in [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Víctor Gómez Martín – dir.] *Responsabilidad penal de la empresa y compliance*. Programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada*/ Gilles Lipovetsky e Jean Serroy. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en La sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires: BdeF, 2013.

MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo. *Autolimpieza empresarial*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz de UrbinaGimeno – eds.] *Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales*”, in *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. *A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto*, in AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de biens jurídicos una finalidad del Derecho penal? In HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

_____. *O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto* p. 290-291 in AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. (coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade do risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación* in HEFENDEHL, Ronald (ED.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos* in GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

SIEBER, Ulrich. *Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa*, in [Adán Nieto – org.] *El derecho penal económico en la era de La compliance*. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Coleção direito e ciências afins. v. 6. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SPIELBERG, Steven. *Minority Report*, 145 minutos, Estados Unidos da América, 21 de junho de 2002.

THE CORPORATION. Direção: Joel Bakan, Jennifer Abbott e Mark Achbar. Produção: Jennifer Abbott e Mark Achbar. Canadá: Big Picture Media Corporation, 2003. 145 min. Disponível em: www.youtube.com.

VARGAS LLOSA, Mario. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Trad. Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.